



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –  
FAJS

**DANIELLE HAMMERSCHMIDT**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *SHOPPING CENTERS*  
(EMPREENDEDORES E LOJISTAS) POR ACIDENTES DE  
CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO DO RECURSO  
ESPECIAL 1.164.889/SP**

**Brasília  
2012**

**DANIELLE HAMMERSCHMIDT**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *SHOPPING CENTERS*  
(EMPREENDEDORES E LOJISTAS) POR ACIDENTES DE  
CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO DO RECURSO  
ESPECIAL 1.164.889/SP**

Monografia apresentada como  
requisito para conclusão do  
curso de Bacharelado em  
Direito pela Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais do  
Centro Universitário de Brasília  
– UniCEUB.

Orientador: Prof. Pablo  
Malheiros da Cunha Frota

**Brasília  
2012**

ao meu Senhor e Deus, por toda sua  
providência e misericórdia

à minha família, em especial meus pais, Vania e Alexander,  
por todo o apoio em minha vida e caminhada acadêmica

à Nicolas Kontoyanis, pelo amor paciente e cuidadoso

aos amigos que tanto me deram suporte para  
realização desta pesquisa

ao meu orientador, Pablo Malheiros da Cunha Frota,  
pelos ensinamentos tão enriquecedores e pela orientação precisa  
e cuidadosa, sem a qual a realização desta pesquisa estaria impossibilitada

## RESUMO

A presente pesquisa tem como finalidade a análise crítica do Recurso Especial n 1.164.889/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tratou de causa reparatória por danos materiais e extramateriais ajuizada pelos pais de vítima de homicídio ocorrido no cinema do *shopping center* Morumbi, em São Paulo. Para tal foi utilizada a metodologia de pesquisa exploratória (bibliográfica e o estudo de caso) . A pesquisa aborda inicialmente a existência de relação de consumo entre as partes (empreendedores, lojistas e frequentadores), para tal realizando as conceituações necessárias (relação de consumo, consumidor, fornecedor, serviços). Em segundo momento, foi analisada a questão da responsabilização civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, seus critérios e excludentes do dever de indenizar. Depois de analisada a teoria tradicional de responsabilidade civil, abordou-se o tema do inovador direito de danos. Por fim, foi realizada a análise concreta do caso com base na teoria tradicional, observando-se que não houve correctibilidade na aplicação do direito. Após, foi feita proposta de novo julgamento, concluindo-se pela perfeita possibilidade de aplicação da teoria do direito de danos no Brasil.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Direito de Danos. Código de Defesa do Consumidor. *Shopping Center*. Acidentes de Consumo.

## ABSTRACT

The present research intended to review the *Recurso Especial* 1.164.889/SP, judged by the *Tribunal Superior de Justiça* which treated the reparation cause for material and moral damage filed by the parents of a victim of murder occurred in the *Morumbi shopping mall* cinema in Sao Paulo. For this, Methodology used was the exploratory research (literature review and case study). The study first approaches the existence of consumer relationship between the parts, performing the necessary concepts (consumer, supplier, service). In the second step, the question of civil liability under the Consumer Protection Code was analyzed, its criteria and ways of exclusion of the duty to indemnify. After analyzing the traditional theory of liability, we dealt with the theme of innovative right of damages. A specific analysis of the case was performed based on the traditional theory. Then a propouse of a new judgement was maid, concluding for the perfect possibility of applying the right of damages in Brazil.

**Key-words:** Liability. Right of Damages. Code of Consumer Protection. *Shopping Center*. Accidents.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
<b>1. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO ENTRE OS <i>SHOPPING CENTERS</i> (EMPREENDORES E LOJISTAS) E FREQUENTADORES.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Apontamentos acerca dos <i>shopping center</i>.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 Da relação de consumo.....</b>	<b>15</b>
1.2.1 <i>Da aplicação do conceito de consumidor aos frequentadores de shopping center.....</i>	<i>18</i>
1.2.2 <i>Da aplicação do conceito de fornecedor aos shopping centers.....</i>	<i>30</i>
1.2.2.1 <i>Da relação entre empreendedor e consumidor.....</i>	<i>30</i>
1.2.2.2 <i>Da relação entre lojista e consumidor.....</i>	<i>38</i>
<b>2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO DIREITO DE DANOS.....</b>	<b>39</b>
<b>2.1 Responsabilidade Civil – Considerações preliminares.....</b>	<b>39</b>
<b>2.2 Do fato do produto e do serviço.....</b>	<b>47</b>
2.2.1 <i>Das excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviços.....</i>	<i>50</i>
2.2.1.1 <i>Da inexistência de defeito.....</i>	<i>51</i>
2.2.1.2 <i>Da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.....</i>	<i>55</i>
2.2.1.3 <i>Caso fortuito e Força Maior .....</i>	<i>59</i>
<b>2.3 Do Direito de Danos.....</b>	<b>61</b>
<b>3. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 – SP.....</b>	<b>69</b>
<b>3.1 Breve resumo do ocorrido.....</b>	<b>69</b>
<b>3.2 Análise crítica do julgado.....</b>	<b>74</b>
<b>3.3 Da proposta de julgamento.....</b>	<b>80</b>
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS.....	89
ANEXO .....	95

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal o estudo do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.164.889 – SP, com a finalidade de observar a correctibilidade e a coerência do entendimento externado em tal decisão, a fim de que se discuta a possibilidade de se adotar no Brasil a ideia de direito de danos, a substituir a perspectiva trazida pela responsabilidade civil com e sem culpa.

Trata-se do julgamento de demanda de reparação proposta em face do Grupo Internacional Cinematográfico e do Condomínio do *Shopping Center* Morumbi, pelos pais de Júlio Zemaitis – vítima dos disparos de submetralhadora realizados por Mateus da Costa Meira no interior do cinema do *Shopping* Morumbi, em 1999.

Para a realização de tal objetivo, utilizou-se a metodologia de pesquisa exploratória: tanto o estudo de caso quanto a pesquisa bibliográfica formaram a base para elucidação dos conteúdos aqui analisados. Pontua-se que para que fosse conferida maior credibilidade e confiabilidade ao estudo realizado procurou-se utilizar das melhores doutrinas que tratam dos temas.

As características das relações estabelecidas entre aqueles que integram o complexo que é o *shopping center* (empreendedores e lojistas) e os seus frequentadores configuram o objeto do primeiro capítulo desta monografia.

Ponderar-se-á, sobretudo, acerca da (in)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a elas. A discussão trará à baila alguns aspectos relevantes a respeito dos *shopping centers* – suas características marcantes, a interação existente entre empreendedores e lojistas e a inovação que representou; as características essenciais de uma relação de consumo e, por último, a discussão relativa a aplicabilidade dos conceitos de consumidor e de fornecedor (CDC, arts. 2º e 3º) aos sujeitos dessa relação.

Estabelecida (ou não) esta relação de consumo, o segundo capítulo traçará os critérios atinentes à análise da responsabilização civil no caso, incluindo qual o critério de valoração da responsabilidade adequado além das excludentes aplicáveis.

Depois de analisada a teoria tradicional, ainda no segundo capítulo, apresentar-se-á a proposta do *direito de danos*.



Por fim, à luz do que for discutido, das lições doutrinárias e da jurisprudência nacional, realizar-se-à no terceiro capítulo a análise crítica do julgamento do REsp 1.164.889 – SP e somente depois de analisados os aspectos necessários apresentar-se-á o posicionamento dos pesquisadores a respeito e nova proposta de julgamento.

# 1. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO ENTRE *SHOPPING CENTERS* (EMPREENDEDORES E LOJISTAS) E FREQUENTADORES

## 1.1 Apontamentos acerca dos *shopping centers*

Iniciando seus estudos sobre *shopping centers*, Carlos Alberto Menezes Direito destaca que o desenvolvimento do comércio nas sociedades sob o regime capitalista objetiva sempre facilitar “a aquisição de bens e serviços, com os olhos postos no aumento da circulação da riqueza e, com isso, evidentemente, na expansão do volume de venda ou de prestação de serviços”<sup>1</sup>. Menezes Direito aponta que o fenômeno dos *shopping centers* deve ser estudado sob esse enfoque.

Esses atrativos centros surgiram na década de 50 do século XX, nos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial.<sup>2</sup>

A ideia significou uma “verdadeira revolução tecnológica americana na área do marketing”<sup>3</sup>, se difundiu pelo mundo e foi incorporada pelos brasileiros na década seguinte, mais precisamente em 1966, com a inauguração do primeiro destes empreendimentos no país: o *Shopping Iguatemi* de São Paulo, ainda hoje em funcionamento<sup>4</sup>. Apesar de na década de 60 já existirem alguns deles no Brasil, apenas na década de 80 se espalharam realmente por aqui<sup>5</sup>.

Tais empreendimentos ganharam e continuam ganhando espaço no mercado brasileiro pela sofisticação, praticidade e segurança que oferecem frente as outras opções – tais como as lojas de rua ou galerias.

---

<sup>1</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Anotações sobre a responsabilidade civil por furto de automóveis em “shopping centers”. *Revista dos Tribunais*, vol. 651, p. 235 e ss., jan/1990. Disponível em <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>2</sup> PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.2.; e, GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.17;

<sup>3</sup> GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.17.

<sup>4</sup> Disponível em <<http://www.iguatemisp.com.br/quem-somos/grupo-iguatemi.shtm>>. Acessado em 10 abr. 2012.

<sup>5</sup> GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.17.

A maior associação do ramo no Brasil, a Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE), foi criada em 1976 e hoje agrega mais da metade destes empreendimentos no país<sup>6</sup>. A Associação define os seus afiliados nos seguintes termos:

“É um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários – centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante”.<sup>7</sup>

Defende Cristiano Chaves de Farias que os *shopping centers* são uma realidade complexa e abrangente, que buscam primordialmente a captação facilitada de clientela<sup>8</sup>. E para que o *shopping* obtenha o sucesso esperado nesta captação não basta ao empreendedor escolher o local correto para sua implantação e o aspecto arquitetônico do edifício, mas que também observe a destinação dos espaços – utilizando-se de técnica denominada de *tenant mix*, “que consiste num agrupamento variado de diversos setores e ramos mercantis para permanente atração da clientela”.<sup>9</sup>

Essa competição benéfica proporcionada pelo empreendedor por meio do *tenant mix* favorece também o consumidor que por sua vez ganha tempo, porque num só lugar é capaz de encontrar uma grande diversidade de lojas e ainda conferir a variação de preços

<sup>6</sup> Disponível em <<http://www.portaldoshopping.com.br/sobreaabrasce.asp?codAreaMae=1&codArea=2&codConteudo=1>>. Acessado em 5 abr 2012.

<sup>7</sup> GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.19.

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Responsabilidade civil dos *shopping centers* por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação. *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p. 69 e ss. Jan/2005. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>9</sup> Citado por GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.23; a autora ainda complementa citando Pinto Ferreira in *Comentários a Lei do Inquilinato*, p. 221 e 223, “o *tenant mix* é uma locução de origem inglesa consistente na denominação das lojas por ramo e dos ramos de comércio dentro do *shopping*”, que “tem seu fundamento na teoria da ‘atração cumulativa’ exposta e desenvolvida por Richard L. Nelson, segundo a qual, dado certo número de lojas atuando em um mesmo campo de negócio, elas atrairão mais vendas quando localizadas uma perto das outras”.

nos bens e serviços ali ofertados<sup>10</sup>. Caio Mário da Silva Pereira em estudo sobre o tema argumenta

“O *shopping* não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos.

Na sua aparência externa é um edifício de grandes proporções, composto de confortáveis salões para instalação de numerosas lojas, arrançadas com gosto e até com certo luxo, distribuídas ao longo de vários andares, selecionadas em razão de ordenamento espacial que atende a estudos destinados a distribuir os ramos de atividades segundo uma preferência técnica (*mix*), e levando em consideração que é necessário fixar a atenção dos consumidores sobre certas marcas ou denominações de maior atração (lojas-âncora). A situação topográfica é da maior relevância, porque pretende livrar a clientela dos inconvenientes impostos pela concentração urbana em bairros de elevado índice demográfico. Levando ainda em consideração que a freguesia mais numerosa é composta por pessoas de classe média, que usam para sua locomoção o carro unipessoal ou unifamiliar, o *shopping* tem de oferecer amplo estacionamento para veículos. Atendendo a que, além do cliente certo que vai à procura de determinado produto, o *shopping* não descarta a clientela potencial, oferecendo atrativos (cinema, *playground*, *rink* de patinação, centro de diversões) distribuídos com tal arte que alia o centro comercial a local de lazer”.<sup>11</sup>

Outro aspecto relevante dos *shopping centers* diz respeito à inovação contratual trazida por este novo local de compras.

Rubens Requião, citando Roberto Langoni, observa que os empreendedores de *shopping center*, ao adotarem um esquema totalmente diverso do convencional de remuneração de investimentos (aqueles com base na venda de imóveis ou aluguel pura e simplesmente), estabelecendo uma relação direta entre sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades que ali irão se desenvolver, criou uma otimização do marketing em nível nunca antes imaginado<sup>12</sup>, permitindo a exploração mais eficiente possível do mercado potencial<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers – organização econômica e disciplina jurídica. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 5, p. 611 e ss., jun/2011. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>12</sup> REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (*shopping centers*) no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 795 e ss., dez/2010. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>13</sup> REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (*shopping centers*) no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 795 e ss., dez/2010. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

João Augusto Basilio, na mesma esteira, conclui que uma das maiores inovações que esses empreendimentos trouxeram para o país foi a forma de contratar – onde o empreendedor garante sua participação em parte do que faturam as lojas ali localizadas, permitindo assim uma integração nunca antes desenvolvida no país, que deu base “à realização posterior de ganhos de produtividade”<sup>14</sup>, da qual expressiva parcela é passada aos consumidores das mais diversas formas, inclusive por meio de sorteios de prêmios, etc.

Discutem largamente os doutrinadores brasileiros<sup>15</sup> sobre qual seria a natureza dos contratos estabelecidos entre lojistas e empreendedores e das relações que se estabelecem entre os *shopping centers* e os seus lojistas.

Para o estudo que se deseja realizar, entretanto, tal discussão se apresenta demasiadamente profunda e desnecessária, motivo pelo qual se optou pela não abordagem do tema. Ladislau Karpát defende que o interessante a ser estudado não são as formas de constituição da figura jurídica que é o *shopping center*, mas sim a série de responsabilidades geradas entre àqueles o que integram e seus frequentadores<sup>16</sup> e é nesta linha de pensamento que este estudo prosseguirá.

Os elementos agregados aos *shopping* tais como segurança, estacionamento fácil, a ampla gama de produtos e serviços oferecidos, além do horário de funcionamento dilatado, facilitaram e trouxeram comodidade aos consumidores.

Gonzalez lembra que, enquanto consumidores, todos já passaram por situações desagradáveis ao fazer compras nas lojas de rua da cidade: cansativas caminhadas,

---

<sup>14</sup> BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

<sup>15</sup> Apenas a título exemplificativo, claramente não exaustivo, podemos citar PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping Centers – organização econômica e disciplina jurídica. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 5, p. 611 e ss., jun/2011; GOMES, Orlando. *Traços do Perfil Jurídico de um Shopping Center. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 765 e ss, dez/2010; REQUIÃO, Rubens. *Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais (Shopping Centers) no Brasil. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 795 e ss, dez/2010; PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

<sup>16</sup> KARPAT, Ladislau. *Shopping Centers – manual jurídico*. São Paulo: Hemus, 1997, p. 137.

tempo valioso perdido em busca de uma vaga, a tensão de assaltos, além do “restrito” horário de funcionamento do comércio que praticamente coincide com o horário de trabalho<sup>17</sup>.

Alcides Tomasetti Junior reforça afirmando que no caso dos *shopping centers* a “publicidade, veiculada pelos meios de comunicação em massa, orienta-se [...] no sentido de atrair para estes locais os consumidores, pela conveniência ou pela sofisticação do próprio modo de organização da oferta das vendas”<sup>18</sup>.

Sem dúvida, afirma Cristiano Chaves de Farias, estes ambientes transmitem um convite aberto e massificado para que o consumidor se sinta mais seguro e confortável realizando suas compras. Vende-se facilidade, conforto e segurança<sup>19</sup>.

Dinah Pinto ressalta também este aspecto destacando que o conforto com que se brinda o frequentador permite que se transforme o ato de fazer compras num prazer, que geralmente é dividido por toda a família<sup>20</sup>.

Não descuide-se de observar, no entanto, que nenhuma dessas comodidades é ofertada por altruísmo, como mera cortesia ou despropositadamente. Tudo que é oferecido nestes centros de entretenimento é estudado e implantado com a finalidade de atrair maior clientela e, assim, auferir maiores vantagens econômicas.

Levando em consideração o que fora argumentado, fácil é a constatação de que se pode atribuir o fato de os *shopping centers* terem ganhado espaço no mercado brasileiro não apenas pela comodidade de encontrar de tudo, ou quase tudo, que se procura num mesmo lugar, mas, além disso, é possível concluir que a preferência dada a estes estabelecimentos em detrimento dos outros se dá, primordialmente, pelas facilidades ofertadas, em especial a segurança e o lazer proporcionados nestes espaços.

---

<sup>17</sup> GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25

<sup>18</sup> TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13, p. 12 e ss., jan/1995. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Responsabilidade civil dos shopping centers por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação. *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p. 69 e ss., jan/2005. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012..

<sup>20</sup> PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

## 1.2 Da relação de consumo

Antes de adentrar a principal análise deste capítulo – qual seja, o estabelecimento (ou não) da relação de consumo entre *shopping centers* e frequentadores; mister que se faça um brevíssimo estudo da *relação de consumo* em si.

Sendo fruto de expressa determinação constitucional<sup>21</sup>, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) surgiu com o intuito de regular as relações de consumo, reequilibrando as forças dos contratantes, assegurando ao consumidor e ao fornecedor direitos e deveres, com o fim de prevenção de eventuais danos e reparação dos que efetivamente ocorressem.

Como bem salientam Pablo Malheiros da Cunha Frota e Marcos Catalan, o CDC não define o que seja uma relação de consumo<sup>22</sup>, e não despropositadamente, mas com o intuito de dar cobertura ao maior número de situações possível.

O legislador preocupou-se, no entendimento de Roberto Senise Lisboa, tão somente em delimitar a aplicação deste microssistema jurídico ao vínculo no qual se encontram presentes os elementos da relação. Numa tentativa de conceituação o autor afirma ser a relação consumerista, então, “uma realidade invisível decorrente de uma interação social, cujos efeitos são delimitados pelo ordenamento jurídico”<sup>23</sup>.

Cláudia Lima Marques defende que por força do art. 1º do CDC<sup>24</sup>, este se aplica somente aos contratos onde está presente um consumidor defronte a um fornecedor de

---

<sup>21</sup> Nos termos dos seguintes artigos: inciso XXXII, do art. 5º da Constituição Federal Brasileira; inciso V, art. 17 da Constituição Federal Brasileira; bem como no art. 48 das suas disposições transitórias.

<sup>22</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 02.

<sup>23</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

<sup>24</sup> Dispõe o art. 1º do CDC: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas disposições transitórias”.

bens ou serviços<sup>25</sup>. É certo, contudo, que a relação de consumo não se esgota apenas em seus sujeitos – fornecedor e consumidor.

Seguindo os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti e de Antonio Carlos Morato, Frota e Catalan indicam os elementos da relação de consumo, a serem considerados quando da análise de um caso concreto

“(a) sujeitos (consumidores e fornecedores); (b) objeto (atividade de fornecimento de bens e/ou serviços); (c) causa (a finalidade de utilização do bem e/ou serviço como destinatário final); (d) vínculo acobertado pelo direito; (e) função (socioambiental do bem e/ou serviço fornecido e utilizado pelos citados sujeitos); (f) mercado de consumo (sem o qual não haverá incidência do CDC, mesmo havendo a presença dos outros elementos).”<sup>26</sup>

Considerem-se, então, estes aspectos para análise que se pretende realizar. Ressalte-se desde já que os sujeitos da relação serão pormenorizadamente estudados adiante.

O *objeto* de uma relação jurídica consumerista é a atividade praticada pelo fornecedor, que consubstancia-se numa série de atos que são praticados de forma organizada para a finalidade de produzir ou circular bens ou serviços<sup>27</sup>, ou seja, é o próprio fornecimento de produtos e/ou serviços<sup>28</sup>, (CDC, art. 3º). Roberto Senise Lisboa subdivide o objeto da relação em *imediato* e *mediato*. O objeto imediato da relação jurídica seria o ato ou negócio jurídico em si; e o mediato o bem da vida – sendo ele corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, que o sujeito de direito deseja perceber por meio da realização do negócio jurídico (objeto imediato), impulsionado pelo “sentimento próprio de necessidade ou utilidade da coisa”<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 302.

<sup>26</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 02

<sup>27</sup> LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 140.

<sup>28</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 04.

<sup>29</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141 e 142.



A *causa*, no entendimento do retrocitado autor, é a finalidade de utilização dos bens e serviços, é o objetivo, o fim, a razão<sup>30</sup> pela qual os sujeitos de direito se *vinculam* em dada relação jurídica.

E este *vínculo jurídico*, dotado de características próprias, denomina-se relação de consumo<sup>31</sup>. Os vínculos podem advir do contrato social, do contrato e extracontratualmente – distinção esta que no fim das contas, segundo Frota e Catalan, não tem relevância jurídica, pois que não são diferidos os direitos e os deveres do consumidor ou do fornecedor devido às circunstâncias em que foram gerados<sup>32</sup>. Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa afirma ser dispensável a classificação por se aplicar a legislação em razão da existência de uma relação e não por causa da espécie de negócio jurídico firmado entre as partes<sup>33</sup>.

Catalan e Frota ainda dão destaque à questão do respeito à *função socioambiental* da relação jurídica estabelecida, à medida que os sujeitos fomentarão “interesses individuais, sociais, econômicos e ambientais no momento em que entabulam uma relação de consumo e/ou na fase em que se ofertam os bens e os serviços no mercado consumerista.”<sup>34</sup>

E por fim, deve-se levar em consideração para a possível caracterização de uma relação consumerista o *mercado de consumo*: é neste ambiente que se dá a movimentação dos elementos supracitados, que resultam no consumo<sup>35</sup>. Apesar da conceituação deste ambiente não ser pacífica na doutrina e nem clara no CDC, Newton de

<sup>30</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141 e 142.

<sup>31</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 143 e 144.

<sup>32</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 06;

<sup>33</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 143 e 144.

<sup>34</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 06 e 07.

<sup>35</sup> DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 29, p. 29 e ss., jan/1999. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

Lucca informa de forma simples que seria ele um encadeamento de relações de fornecimento tanto de bens quanto de serviços, realizadas por diversos agentes econômicos<sup>36</sup>. Por fim, destaque-se que como salientado por Frota e Catalan, fora dele, mesmo incidindo todos os outros elementos citados, inexistirá relação de consumo.

A seguir, analisam-se os sujeitos dessa relação.

### *1.2.1 Da aplicação do conceito de consumidor aos frequentadores de shopping centers*

O ponto de partida adotado neste trabalho para análise da relação jurídica é o conceito do sujeito consumidor, onde o campo de discussão é intenso, pois que guarda imensa relevância acadêmica e prática, por ser o delimitador do campo de incidência da legislação consumerista<sup>37</sup>.

Considerado a parte vulnerável e/ou hipossuficiente, o consumidor constitui o pólo mais fraco da relação<sup>38</sup>, merecendo por este motivo a tutela legislativa do CDC.

Cláudia Lima Marques, lembrando o que leciona Amaral Júnior, defende ser o consumidor vulnerável por não dispor dos conhecimentos necessários à elaboração dos produtos e à prestação dos serviços postos no mercado de consumo. Em razão disso, o consumidor não tem, portanto, condições de avaliar com correctibilidade o grau de perfeição dos produtos e serviços prestados<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor – teoria geral das relações jurídicas de consumo*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.152-153.

<sup>37</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 08.

<sup>38</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 304.

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.320.

Explica ainda a autora que em sua compreensão o consumidor padece de quatro tipos de vulnerabilidade: “a técnica, a jurídica, a fática e a informacional”<sup>40</sup>.

Na vulnerabilidade técnica, ensina a autora, o comprador desconhece as especificidades do objeto que está tomando para si e, portanto, é mais facilmente ludibriado a respeito das características do bem ou serviço, ou mesmo quanto à sua serventia<sup>41</sup>. A doutrinadora ainda leciona ser ela *presumida* no sistema do CDC para o consumidor não profissional, mas também em alguns casos podendo atingir mesmo o profissional, destinatário final de fato do objeto da relação.

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica constitui a falta de conhecimentos “jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”<sup>42</sup>. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não profissional, e para o consumidor pessoa humana.

A vulnerabilidade fática ou socio-econômica é aquela em que se destaca a posição do fornecedor em relação ao consumidor. A vulnerabilidade é aqui vislumbrada em razão da superioridade com que se impõe o fornecedor frente aqueles que com ele se relacionam – seja por sua posição de monopólio, tanto fático quanto jurídico, seja pelo poder econômico que detém ou pela essencialidade dos serviços que prestam.<sup>43</sup>

Por fim, define a autora que a vulnerabilidade informacional seria aquela inerente à relação consumerista, pois compreende-se que os fornecedores são os únicos

---

<sup>40</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 320-321.

<sup>41</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 320-321.

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 322-323.

<sup>43</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 325.

detentores das verdadeiras informações dos produtos ou serviços por eles fornecidos no mercado de consumo<sup>44</sup>.

Frota e Catalan destacam que o aparecimento de uma das vulnerabilidades num caso concreto, acompanhado das demais exigências, determinará que a relação entabulada é de consumo<sup>45</sup>.

A hipossuficiência se relaciona com características intrínsecas do consumidor no que diz respeito a sua posição econômica e social, e diferentemente da vulnerabilidade, não é presumida. Mas quando provada gera como prerrogativa a inversão do ônus da prova.<sup>46</sup>

Paulo R. Roque A. Khouri afirma que os dois conceitos não se confundem. "Enquanto esta [hipossuficiência] é um traço marcante e individual de alguns consumidores, particularmente considerados, aquela [vulnerabilidade] é regra geral e engloba todos os consumidores indistintamente."<sup>47</sup>

Citando Arruda Alvim, Paulo R. Roque A. Khouri diz ser a vulnerabilidade “um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade, mas nunca a todos os consumidores”<sup>48</sup>. Resume, então, a questão afirmando que a vulnerabilidade refere-se ao direito material do consumidor enquanto a hipossuficiência tem ligação com o direito processual<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330

<sup>45</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 17.

<sup>46</sup> Notas de aula da Matéria de Direito do Consumidor, ministrada em 14/03/2011 pelo professor José Galvão no UniCEUB.

<sup>47</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 34.

<sup>48</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 34.

<sup>49</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 34.

Posto isso, inicia-se a análise dos conceitos de consumidor. O texto do CDC abarcou dois tipos de consumidores: (a) os consumidores *strictu sensu* ou consumidores padrão (art. 2º, cabeça); e (b) os agentes *equiparados* a consumidor “para fins de tutela protetiva”<sup>50</sup> ou também chamados consumidores *lato sensu* (art. 2º, parágrafo único; art. 17 e art. 29).

O *caput* do art. 2º do CDC informa que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. O consumidor *strictu sensu* é aquele que é o elo final da cadeia produtiva<sup>51</sup>, aquele que põe fim a ela.

Tão amplo é este conceito jurídico de consumidor que a legislação protetora de consumo alcança qualquer pessoa, inclusive a pessoa jurídica, os entes despersonalizados e o nascituro – claro, desde que destinatários finais do produto ou serviço.<sup>52</sup>

Mas para a completa compreensão deste termo é necessário indagar: *quem pode ser considerado destinatário final?*

A expressão inspirou muitas ideias na doutrina, daí surgindo sete teorias interpretativas: “(i) mercados; (ii) segmento econômico; (iii) insumo jurídico; (iv) fundo de comércio; (v) maximalista ou objetiva; (vi) finalista ou subjetiva; (vii) finalista aprofundada; (viii) causa final”<sup>53</sup>.

Destas sete, três tiveram (e têm) maior destaque: (a) maximalista ou objetiva; (b) finalista ou subjetiva; e (c) finalista aprofundada; sendo as outras, muitas vezes, simplesmente suprimidas do debate doutrinário.

---

<sup>50</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 09.

<sup>51</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 28.

<sup>52</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 10.

<sup>53</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 10. Destaque-se o estudo pormenorizado realizado pelos autores sobre cada uma das teorias, p. 10-16.

A teoria maximalista, como o próprio nome sugere, define que o destinatário final é todo aquele que adquire ou utiliza bens e serviços (destinatário fático, portanto)<sup>54</sup>, vez que enxergam o CDC como um regramento geral de todas as interações ocorridas no mercado consumo e não somente uma norma protetiva do consumidor não profissional<sup>55</sup>.

Realçam Pablo Malheiros da Cunha Frota e Marcos Catalan o aspecto de não haver qualquer preocupação para essa corrente em qualificar o agente destinatário final ou com a destinação dada ao bem ou serviço que se consome<sup>56</sup>. Explicam os autores que a única barreira colocada é que o *valor de troca* do bem ou serviço deve ser exterminado, sendo vedada a “reinserção ou reincorporação no mercado ou em outro bem e/ou serviço”<sup>57</sup>.

Em sentido adverso, os que defendem a teoria finalista entendem que a expressão *destinatário final* deve ser restritamente interpretada, para que sejam tutelados os

---

<sup>54</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 13.

<sup>55</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 304 e 305.

<sup>56</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 12; sobre a questão da falta de qualificação destacam os autores a seguinte crítica, na mesma obra, p. 14: “a crítica que se faz ao modelo é a que ele teria ampliado a moldura delimitadora do que seja o consumidor sem se preocupar: (a) se na relação existe um vulnerável (ou não), (b) qual é a destinação dada ao serviço e/ou bem adquirido ou utilizado, (c) qual a função socioambiental conferida a estes, (d) se a aquisição ocorreu no mercado de consumo, (e) qual a causa da relação, ou seja, com os demais elementos da relação consumerista. *Frise-se que a ideia de consumidor para os maximalistas pode ser jurídico ou material, abarcando de forma neutra e técnica todos os tipos de mercado*”.

<sup>57</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 12; Frota e Catalan dão exemplos da teoria baseados em diversos autores, na mesma obra, p. 13, “os maximalistas entendem que existe relação de consumo quando: (a) a fábrica de toalhas compra algodão para transformar; (b) a fábrica de celulose compra carros para transporte de visitantes; (c) o advogado compra uma máquina de escrever para o seu escritório; (d) o Estado adquire canetas para uso nas repartições; (e) a dona-de-casa adquire produtos alimentícios para família; (f) o agricultor adquire adubo para o plantio; (g) sociedade empresária contrata o transporte de pedras preciosas; (h) o agricultor compra máquina agrícola para a sua atividade profissional; (i) sociedade empresária faz contrato de cartão de crédito; (j) pessoas humanas, jurídicas e entes despersonalizados fazem contratos com instituições bancárias, securitárias e financeiras”.

direitos de quem realmente necessita<sup>58</sup>, sob pena de banalizar a aplicação do CDC. Ou seja, para os adeptos desta teoria, consumidor é somente aquele que, para uso próprio ou familiar, obtém bem ou serviço sem profissionalidade, pois que a finalidade do CDC seria proteger especialmente determinado grupo de pessoas mais vulneráveis<sup>59</sup>. Para a corrente finalista, para ser considerado consumidor o sujeito deve ser, além de destinatário fático do produto ou serviço, ser também o destinatário econômico dele<sup>60</sup>.

Catalan e Frota manifestam a influência dessa teoria quando apontam que a maioria da doutrina a acompanha, mas evidenciam um ponto importantíssimo de que se olvidam os finalistas: a vulnerabilidade. Coloca-se em primeiro lugar a utilização do bem ou do serviço para eventual caracterização de quem é consumidor e descarta-se a qualidade intrínseca de todos eles que é a vulnerabilidade<sup>61</sup>.

Cláudia Lima Marques explica que a partir de 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a teoria finalista começou a ser aplicada de forma mais razoável e prudente pelos julgadores, em especial pelo STJ<sup>62</sup>. Sendo a primeira considerada desmedidamente ampla e a segunda extremamente restritiva, a doutrina e a jurisprudência caminharam para um abrandamento dessa, qual seja, da teoria finalista, que recebeu o nome de *finalista aprofundada*.

---

<sup>58</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 303-304

<sup>59</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 304.

<sup>60</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 14.

<sup>61</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 15, ainda na mesma obra e página demonstram os autores o equívoco da teoria finalista, pois que “trata como secundária eventual vulnerabilidade havida no âmbito relacional, afastando a incidência do CDC em relação ao agente profissional, à pessoa jurídica, ao empresário, à sociedade empresária, ao ente despersonalizado, contrariando a dicção do art. 2º, *caput* daquele, caso levada à risca a teoria finalista”

<sup>62</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 305.

Essa mudança na interpretação teórica do conceito de consumidor tem por objetivo, nos dizeres de Marcos Catalan e Pablo Malheiros da Cunha Frota, assentar meios de identificação mais precisos para a distinção da vulnerabilidade e do consumidor final imediato, haja vista a necessidade de ampliação conceitual para as outras circunstâncias previstas na legislação consumerista, podendo ser indicados, entre eles

“ (a) a extensão do sentido de consumidor prevista no CDC é medida excepcional; (b) é imprescindível que se caracterize a vulnerabilidade da parte no caso concreto, para que haja a equiparação de sentido e legal, mormente nos casos de pessoa jurídica empresária de porte financeiro”<sup>63</sup>.

Para teoria mencionada o principal critério de decisão a respeito da aplicabilidade ou não da legislação consumerista é a constatação da vulnerabilidade concreta, não somente abstrata.<sup>64</sup>

As teorias acima conceituadas parecem não dar ao consumidor a definição mais adequada, deixando de fora da tutela legislativa verdadeiros consumidores. Sugerem Pablo Malheiros da Cunha Frota e Marcos Catalan, então, uma nova teoria, denominada *teoria conglobante*. Nesta nova concepção proposta

“Para ser considerada consumidora, a pessoa humana, a pessoa jurídica nacional ou estrangeira, pública ou privada, simples ou empresária, o ente despersonalizado e o nascituro devem conglobar, *a partir do caso concreto*: a aquisição ou a utilização de um bem e/ou serviço sem profissionalidade, mesmo que seja na atividade em que atuam, sem repassar o custo – diretamente – para o preço de sua atividade profissional (ou não) e sem utilizá-los para continuar o ciclo produtivo, mas sim de modo definitivo e colocando fim na cadeia econômica”.

A característica essencial desta teoria é o olhar sobre a *vulnerabilidade* do consumidor frente ao fornecedor, não fazendo distinção entre pessoa humana ou jurídica, ou se a pessoa jurídica tem (ou não) aporte econômico vultuoso, ou mesmo se as partes são profissionais da mesma área. Para a concretização dessa conceituação os únicos obstáculos opostos são (a) impossibilidade do bem ou do serviço ser incorporado ao processo produtivo

<sup>63</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 15

<sup>64</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 15



da atividade exercida pelo consumidor, (b) o descumprimento da função socioambiental e (c) a ausência de vulnerabilidade entre as partes<sup>65</sup>.

O que interessa à *teoria conglobante* é a aferição no caso concreto de algum tipo de vulnerabilidade “abstrata ou concreta” por parte do sujeito que consome, considerando-se todos os já citados elementos da relação de consumo bem como os princípios e os valores que regem a relação de consumo.

Apesar de muitas vezes o resultado final da análise do caso ser o mesmo que o da teoria maximalista, fundamentam-se as teorias em premissas completamente distintas.

É evidente que *in casu* pretende-se estudar a relação que mais comumente ocorre nos *shopping centers*: pessoas humanas, jurídicas ou coletivas buscando bens e serviços, além de lazer e alimentação que lhe são proporcionados por meio daqueles. Este estudo, a partir de agora, será direcionado a estes casos para que se possa compreender melhor as relações existentes no Recurso Especial nº 1.164.889 – SP.

É tranquila, portanto, a caracterização dessas pessoas como consumidoras quando adquirem e usam bens e serviços postos no mercado de consumo. Primeiramente porque cumprem requisito primordial para configuração de uma relação de consumo – o de haver fornecedor frente a consumidor; depois porque os outros elementos também estão presentes – tais como o objeto da relação, o vínculo, o mercado... facilmente perceptíveis.

Como já explicitado, o *conceito* de consumidor não se encerra no *caput* do retrocitado artigo. Tratou ainda o CDC dos chamados “consumidores *lato sensu*” – que são pessoas que não participam diretamente da relação de consumo, mas que de certa forma nela interferem. São três as figuras de consumidor por equiparação, a seguir aprofundadas.

O art. 2º, parágrafo único do CDC informa que “*equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 22

<sup>66</sup> Afirma Cláudia Lima Marques que “A importância do parágrafo único do art. 2º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código. Como ensina o TJRS, este “ex-terceiro” contratual também poderia ser incluído como destinatário final do produto

Tratou o Código, então, no entendimento de Zelmo Denari, não somente daqueles que são típicos consumidores finais e adquiriram produtos ou serviços, mas também daqueles que potencialmente poderiam vir a adquiri-los<sup>67</sup>.

Citando o professor Waldírio Bulgarelli, Zelmo Denari afirma que o consumidor aqui pode ser considerado “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”.<sup>68</sup>

Vislumbra-se claramente, de acordo com este dispositivo e a argumentação dos autores, que as pessoas que transitam pelos *shopping centers* podem ser consideradas consumidoras pela simples potencialidade de aquisição de produtos ou utilização dos serviços ali disponibilizados.

Em seguida, o art. 17 do diploma citado complementa a figura dos antes chamados “terceiros”, agora *bystanders*, na Seção II<sup>69</sup> do Capítulo IV, ao definir que “Para efeitos dessa Seção, *equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*”.

O dispositivo estabelece a responsabilidade do fornecedor de reparar os danos materiais e extramateriais sofridos pelos consumidores nos chamados “acidentes de consumo” – que ocorrem quando produtos e serviços não oferecem a segurança que deles legitimamente se espera.<sup>70</sup>

Sustenta Leonardo Roscoe Bessa que no art. 17 do CDC a lei não se ocupa com “a identificação do elemento subjetivo da relação jurídica”, mas sim com o “alto caráter

---

ou do serviço, uma vez que faticamente ‘usou’ ou ‘consumiu’ (art. 2º), e foi sábio o CDC ao incluir a visão coletiva (e indeterminada) do dano a este *bystander*, afirmando assim de forma inequívoca a sua legitimação material e processual”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 356.

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 38

<sup>68</sup> Zelmo Denari in GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 38

<sup>69</sup> Intitulada de “Seção II – Da Responsabilidade pelo Fato do Produto ou do Serviço”

<sup>70</sup> O tema “acidente de consumo” será abordado adiante.

ofensivo e danoso da atividade (risco)”<sup>71</sup>. E, nesse sentido, entende o autor que, pelos termos do art. 17 do CDC, mesmo que alguém não tenha qualquer relação contratual anterior com determinado fornecedor, poderá invocar, a seu favor, as normas da citada seção<sup>72</sup>.

No mesmo diapasão, Sérgio Cavalieri Filho explica que o embasamento da responsabilidade “deixa de ser a relação contratual para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: o produto defeituoso lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente[...]”<sup>73</sup>.

Anote-se a observação feita por Paulo R. Roque A. Khouri

“Ao equiparar toda e qualquer vítima do acidente de consumo a consumidor, fez avançar consideravelmente o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma outra espécie de relação obrigacional, que não nasce do contrato nem do ato ilícito, mas pelo simples fato de um produto ou serviço, ainda que sem culpa do fabricante, ou seja, por um ato lícito, causar danos a terceiros não consumidores *stricto sensu*”.<sup>74</sup>

Cláudia Lima Marques ainda reforça o entendimento elucidando que “basta ser vítima de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva”<sup>75</sup> pelo fato do produto ou do serviço.

Posto isso, é de se concluir que com este artigo o Código de Defesa do Consumidor expandiu a sua abrangência àqueles não participam diretamente ou ativamente da relação negocial, possibilitando àqueles consumidores não contratantes prejudicados por

---

<sup>71</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 65.

<sup>72</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 64.

<sup>73</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 489.

<sup>74</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 57

<sup>75</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 356.

defeitos nos bens ou serviços demandarem o fornecedor diretamente, independentemente de qualquer conduta culposa por parte deste.<sup>76</sup>

A título de exemplo, trazendo para este estudo evento comparável ao ocorrido no Cinema do *Shopping Morumbi*, relembra-se o famoso caso da explosão no Osasco Plaza *Shopping*.<sup>77</sup>

Na ocasião, houve um vazamento de gás por falta de manutenção das tubulações que abasteciam a praça de alimentação do *shopping* e estima-se que cerca de 350 (trezentos e cinquenta) pessoas tenham sido vítimas deste evento, sendo mais de 40 (quarenta) delas fatais.

Todos aqueles que estavam transitando pelo *shopping* foram equiparados e considerados consumidores para os efeitos da lei, permitindo, dessa forma, que o *shopping* fosse demandado em juízo com o fim de compensar os danos, tanto extra quanto materiais, sofridos pelas vítimas e seus familiares.<sup>78</sup>

Há ainda a figura do art. 29 do CDC, definido por Cláudia Lima Marques como “a mais importante norma extensiva do campo de aplicação da nova lei”<sup>79</sup>. Diz o art. 29

---

<sup>76</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 56 e 57.

<sup>77</sup> Destaque-se o artigo publicado sobre o caso – que reproduziu na íntegra a petição inicial da ação civil pública movida contra o *shopping* e as co-rés: LOBO, Ana Lúcia Silva Cardoso Arrochela. Ação civil pública - vício - segurança - produto/serviço - vazamento de gás explosão em shopping center - reparação dos danos morais e/ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas do acidente (fundamento nas teorias da responsabilidade objetiva do cdc e civilistas - art. 1.528, cc) e à desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 21, p. 195 e ss., Jan/1997. Disponível em <[www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br)>. Acessado em: 12 abr. 2012.

<sup>78</sup> STJ. REsp 279273; Segundo resume Sergio Cavaliere Filho: “O alcance a importância do art. 17 do CDC ficaram evidenciados no grave acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping/SP, em 11/06/96, consistente em explosão por acúmulo de gás em espaço livre entre o piso e o solo, acarretando a morte de 40 pessoas, mais de 300 feridos e a destruição de mais de 40 lojas e locais de circulação. O acidente ocorreu na hora do almoço, em época de muito movimento, às vésperas do dia dos namorados, nas imediações da praça de alimentação, local destinados a bares, restaurantes e lanchonetes. No julgamento do rumoroso caso, o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 279.273/SP), por sua Terceira Turma, aplicou o art. 17 do CDC, estendendo a todas as vítimas do acidente (consumidores diretos e por equiparação) a mesma cobertura indenizatória. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 293.

<sup>79</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 359. Ainda sobre o tema, na mesma obra retrocitada, págs.358/359, ressalta a professora ser o art. aplicável a todas as seções do capítulo (a seção sobre oferta – arts. 30 a 35; sobre publicidade – arts. 36 a 38; sobre práticas abusivas – arts. 39 a 41,

“Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Essa norma permite que todas as pessoas, determináveis (ou não), expostas a práticas abusivas dos fornecedores sejam protegidas pelo CDC. Sobre o tema, citando Maria Antonieta Zanardo Donato, Cláudia Lima Marques ensina

"O art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2.º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada."<sup>80</sup>

De acordo com esse entendimento, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi,

“Nesse contexto, deve, também, ser enfocada a responsabilidade civil derivada de falha na publicidade veiculada. *Se a publicidade sobre os níveis de segurança existentes, como veiculada pelos hipermercados e shoppings centers, funciona como fator de captação de clientela, constituindo fonte de lucro indireto, cumpre ao fornecedor, então, prover a 'segurança' adequada, como 'promete' na publicidade que veicula.*

Ocorrida a falha na segurança do hipermercado, com o conseqüente dano para o consumidor ou sua família, a responsabilização do fornecedor se impõe, não obstante amiúde em muitos julgados se afaste o dever de indenização fundado nas hipóteses em que a mercancia não tenha qualquer relação, isto é, conexão com o fornecimento de serviços de guarda e segurança”.

Compreende-se, portanto, que os frequentadores de *shopping center*, quando atingidos pelas práticas a que condena o art. 29, são considerados consumidores para fins de tutela legal.

---

sobre a cobrança de dívidas – art. 42; sobre bancos de dados e cadastros de consumidores – arts. 43 a 45) e também ao próximo capítulo, que versa sobre a “proteção contratual”.

<sup>80</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 68, jan/2000. Acessado em 27/04/2012 por meio digital. Disponibilizado pela Revista dos Tribunais Online < [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br) > .

Cláudia Lima Marques conclui que o resultado dessa expansão do conceito de consumidor pelo CDC resultou na superação da figura do terceiro<sup>81</sup>. E ainda a respeito do conceito de consumidor estabelecido na legislação consumerista, resume

[No campo contratual] “... O CDC utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja a de dividir os indivíduos entre consumidores (art. 2º, *caput*) e pessoas equiparadas a consumidor (parágrafo único do art. 2º). No campo extracontratual, o CDC considera suas normas aplicáveis a ‘todas as vítimas do evento danoso’ causado por um produto ou serviço, segundo dispõe o seu art. 17. As vítimas não são, ou não necessitam ser consumidores *strictu sensu*, mas a elas é aplicada a tutela especial do CDC por determinação legal do art. 17, que as *equipara* a consumidores.”<sup>82</sup>

Por toda a exposição de motivos realizada aqui se conclui que, para o CDC, consumidor não é somente aquele que de fato adquire produtos e serviços – como aquele sujeito que vai ao *shopping center* e adquire determinado produto ou utiliza de determinado serviço ofertado – como, por exemplo, o serviço de segurança.

Mas, por expressa disposição legal, são equiparados a ele, recebendo toda a tutela da legislação consumerista, aqueles que potencialmente podem agir como consumidores – como, por exemplo, os mesmos frequentadores de *shopping center*; aqueles efetivamente atingidos pelo evento danoso decorrente do fornecimento do produto ou da prestação de serviços – por exemplo no caso defeito na escada rolante que provoca a queda de uma criança, ou mesmo um tiroteio que aconteça dentro do estabelecimento; além dos que foram expostos a praticas comerciais abusivas – perfeitamente cabível também ao caso, a medida que qualquer pessoa pode ser atingida por publicidade enganosa ou abusiva nestes centros de entretenimento.

---

<sup>81</sup>MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 371.

<sup>82</sup>MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 317.

## 1.2.2 Da aplicação do conceito de fornecedor aos *shopping centers*

### 1.2.2.1 Da relação entre empreendedor e consumidor

Por ser a mais complexa das duas relações que se pretende estudar no Recurso Especial 1.164.889 –SP, a primeira relação a ser esclarecida será a que estabelece-se entre os empreendedores de *shopping centers* e os consumidores.

Seguindo o entendimento de João Augusto Basilio<sup>83</sup>, para se firmar a pretendida relação de consumo entre o *shopping center* e os seus frequentadores, “a primeira indagação que se deve fazer é se o empreendedor pode ser considerado um fornecedor de serviço”. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor traz a definição de *fornecedor*,

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.<sup>84</sup>

Agostinho Oli Koppe Pereira afirma que quando o CDC elencou as atividades possíveis para o fornecedor o fez apenas a título de exemplo, certo que a intenção da lei consumerista é estender o máximo possível os casos de incidência da imputação de repsonsabilidade pelos danos possivelmente causados<sup>85</sup>.

Fornecedor, para Paulo R. Roque A. Khouri, é aquele que oferece ao mercado com habitualidade bens e serviços visando ao lucro, participando da cadeia produtiva ou praticando alguns atos dentro dela, seja produzindo diretamente, distribuindo ou simplesmente intermediando o fornecimento de bens e serviços<sup>86</sup>.

Rizzatto Nunes, em entendimento elucidado por Pablo Malheiros da Cunha Frota e por Marcos Catalan, informa que não interessa a habitualidade típica ou eventual da

<sup>83</sup> BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 199

<sup>84</sup> Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei. 8.078/90.

<sup>85</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102

<sup>86</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 58

atividade para configuração como de fornecimento de bens ou serviços, mas que seja caracterizada como atividade empresária.<sup>87</sup>

Destacam também Frota e Catalan a doutrina de Newton de Lucca, onde este afirma existirem duas categorias de fornecedor – o fornecedor *imediato* e o *mediato*. De acordo com o entendimento dos autores, o fornecedor *imediato* é aquele com quem o consumidor tem contato direto (ou seja, é o que comercializa o produto ou serviço, mesmo que por meio de seus prepostos, mandatários ou empregados). E o *mediato* é aquele que integra o ciclo de produção do *objeto* da relação jurídica, mas que não celebrou efetivamente o contrato com o consumidor.<sup>88</sup>

Ainda sobre o entendimento de Newton de Lucca, ressaltam os supracitados autores que não instiga a formação de relação de consumo a atividade episódica praticada por determinada pessoa.<sup>89</sup> e que a atividade empresarial e profissional habitualmente exercida é configurada como fornecimento no mercado consumerista. Quando, no entanto, o agente não for profissional, será um *fornecedor por equiparação*.<sup>90</sup>

Mas para a completa compreensão do termo *fornecedor*, faz-se necessário questionar: o que pode ser considerado *serviço*? Vejamos o parágrafo 2º do já citado artigo:

“§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”

<sup>87</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 03.

<sup>88</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 03.

<sup>89</sup> DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 140-145; CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p.03

<sup>90</sup> DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 140-145; CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 03



Roberto Senise Lisboa<sup>91</sup> afirma que o legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor procurou relacionar a idéia de ‘produto’ à ‘bem’, e de ‘serviço’ à ‘atividade’.

José Geraldo Brito Filomeno, citando Philip Kotler, esclarece dizendo que serviços podem ser considerados “atividades, benefícios e satisfações que são oferecidos à venda”<sup>92</sup>.

Destaque-se, no entanto, que muitas vezes a *atividade* prepondera sobre os outros elementos da relação de consumo! Este é o entendimento de Pablo Malheiros da Cunha Frota e Marcos Catalan para as seguintes situações, *litteris*

“(a) nos casos de pessoas atingidas por uma atividade desenvolvida no mercado de consumo e que possuem a tutela protetiva da relação consumerista (CDC, arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29); (b) nas hipóteses de atividades abarcadas pelo CDC (bancos de dados, e cadastros de consumo, publicidade, cobrança de dívidas, mútuo feneratício etc.); (c) nos casos de *fornecedores por equiparação*”.<sup>93</sup>

Acerca da contraprestação a ser paga pelo consumidor, Basílio afirma que em conformidade com a interpretação que vem sendo dada pela doutrina a respeito da exigência remuneratória imposta pela lei, tem se compreendido poder ser ela tanto *direta* quanto *indireta*, sem que se anule o caráter da relação de consumo a carência de contraprestação imediata paga por quem consome – sendo suficiente que o prestador de serviço seja de alguma forma remunerado, ainda que indiretamente.<sup>94</sup>

Sobre o tema, trazendo a discussão para os *shopping centers*, discorre Paulo R. Roque A. Khouri afirmando ser típica situação de contraprestação indireta a do estacionamento de *shopping centers* e supermercados, que aparentemente são fornecidos de forma graciosa. É de se notar, no entanto, que a atividade de fornecimento de estacionamento

<sup>91</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 197.

<sup>92</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 48.

<sup>93</sup> CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores, p. 03. Sobre o tema “fornecedor por equiparação”, destaque-se também o trabalho de BESSA, Leonardo Roscoe. *Fornecedor equiparado*, in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 61, p. 126-141, jan./mar. 2007.

<sup>94</sup> BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 200

é de importância fundamental para sua atividade-fim, pois que é importante atrativo de clientela a facilidade e segurança ao estacionar. Informa o autor que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu pela existência da relação de consumo apesar da aparente gratuidade devendo o fornecedor compensar os danos a que venham a ser submetidos os veículos dos consumidores<sup>95</sup>.

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali defende que oferecimento de espaço reservado para estacionamento de veículos, a que se propõe o *shopping center* não pode ser entendido de forma alguma como ‘mera cortesia’, sendo esta, sim, uma prestação de serviço atrelada à sua atividade, visando a captação de clientela – dado que a comodidade é oferecida como importantíssimo atrativo, “com natural repasse dos encargos de sua manutenção nos custos operacionais ou nos preços de seus produtos”<sup>96</sup>.

Ressalta ainda Cahali que no caso específico do *shopping center*, a sua responsabilidade pelo furto de automóvel ocorrido em estacionamento por ele oferecido mais se fortalece quando relembra-se que, como mencionado no início da pesquisa, o serviço ofertado é parte integrante do conceito do empreendimento<sup>97</sup>.

A respeito ainda da remuneração indireta recebida pelos *shopping centers*, poder-se-ia ir além. A exemplo da situação ocorrida no REsp 1.164.889-SP, pode-se dizer que sendo o *Shopping Center* Morumbi remunerado pelo Cinema através do que este paga sobre seu faturamento àquele, recebeu o *shopping* indiretamente uma remuneração por parte do consumidor, tornando-se parte da cadeia de fornecimento do serviço, configurando-se a relação de consumo. *Mas não apenas por isso*.

Em havendo caracterização de prestação de serviços dos *shopping centers* pelo oferecimento de estacionamento – como sustentada pelos autores citados e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em seus diversos julgados a respeito do tema<sup>98</sup>, inclusive havendo

---

<sup>95</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 60

<sup>96</sup> PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando Albino de, coordenadores. *Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 240-242.

<sup>97</sup> PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando Albino de, coordenadores. *Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 240-242.

<sup>98</sup> Como se observa em STJ. REsp 35021, 3 T., Rel. Nilson Naves, DJ 13/09/1993, p. 18560. “Estacionamento mantido por *shopping center*. Furto de veículo. *Indenização devida, conforme inúmeros precedentes do stj*, dentre outros os REsp's 5886, 5905, 6517, 7159, 25821 e 34802. Caso

enunciado de súmula consolidando o entendimento<sup>99</sup>; é plausível concluir que haja também responsabilidade pela prestação do serviço de segurança – primordialmente por ser este um de seus chamarizes mais atrativos<sup>100</sup>.

Segurança esta que dele legitimamente se espera, dado que é um dever do fornecedor de serviços, consoante o que se infere do disposto no CDC<sup>101</sup>, zelar pela incolumidade psicofísica de seus consumidores, preservando-lhes a saúde e a segurança<sup>102</sup>.

Corroborando com essa argumentação, observe-se este trecho do voto do Relator Pedro Baccarat, à época Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação de n. 0091332-49.2003.8.26.0000, da Comarca de Osasco, que julgou demanda proposta por uma das vítimas da explosão ocorrida no Osasco Plaza *Shopping*:

---

em que a ação foi julgada improcedente pelo acórdão. Recurso conhecido e provido; também em STJ. REsp 45455, 3 T, Rel. Costa Leite, DJ 09/05/1994 p. 10871. “Civil. Responsabilidade. Furto de veículo. Estacionamento de *shopping center*. A gratuidade de estacionamento não arreda a obrigação de indenizar, pois, ante o interesse da empresa em dispor da facilidade para atrair clientela, patenteia-se o dever de guarda e vigilância precedentes. Recurso conhecido e provido”.

<sup>99</sup> STJ. Enunciado de Súmula. 2 Seção, DJ 04/04/1995, p. 8294: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

<sup>100</sup> Nesse sentido STJ. REsp 419059. 3 T, Rel. Nancy Andrighi, DJ 29/11/2004, p. 315. “Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. *Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. - A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. - Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão arma ou qualquer outro meio irresistível de violência. [...]*”

<sup>101</sup> Conforme observa Zelmo Denari in GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.167, encontram-se sob a tutela das disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor a saúde e a segurança dos consumidores (constantes dos arts. 8º ao 25), dispondo inclusive o seu art. 8º que os produtos e serviços, em princípio, não poderão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores. Sem embargo, tratando-se de riscos qualificados como ‘normais e previsíveis’, serão tolerados pelos consumidores, desde que acompanhados de informações claras e precisas a seu respeito.

<sup>102</sup> Este tema sera mais profundamente abordado no próximo capítulo.

“A Apelante sustenta, em síntese, que não presta serviços aos usuários do ‘Shopping Center’, mas aos lojistas que são seus locatários, sugerindo que sua atividade está limitada a locação de lojas.

As administradoras de centros de compras são efetivamente locadoras dos espaços destinados à instalação das lojas, mas as relações existentes que decorrem da exploração dos *shopping centers* são mais complexas e vão muito além da singela locação de um imóvel. Aos administradores cumpre, agindo em parceria com os clubes de lojistas, implementar estratégias comerciais dirigidas a atrair o maior número de consumidores possível, de sorte a aumentar o faturamento das lojas e, por conseguinte, o seu próprio ganho, porque a este faturamento estão atrelados os aluguéis. Esta atuação envolve toda a organização do espaço de compras oferecido aos consumidores, assim, *compreendidos os serviços de segurança*, a limpeza das áreas de uso comum, merecendo destaque no caso, o dever de manter adequadamente a edificação e seus equipamentos, de sorte que não venham a causar danos aos freqüentadores. *Há, portanto, atividade de fornecimento de serviços aos consumidores pelas administradoras dos centros de compras.*

*E estão compreendidos na categoria de consumidores todos os que, em razão de qualquer atividade exercida regularmente no centro de compras, fazem uso de suas instalações cuja manutenção e segurança configuram, como anotado, efetiva prestação do serviço.*

A relação de consumo bem reconhecida pela sentença de primeiro grau é suficiente para fixar a responsabilidade independentemente da existência de culpa, consoante expressamente dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.”

Em posterior reanálise do caso<sup>103</sup>, o Ministro Menezes Direito observou em seu voto-vista: que sem qualquer margem para dúvidas, o *shopping center* constitui uma unidade de serviços, isto é, uma entidade, uma pessoa jurídica fornecedora de serviços ao público frequentador<sup>104</sup>.

Nessa esteira, argui o Ministro que o serviço que presta o *shopping center* está consubstanciado nas opções de compras e lazer ofertadas aqueles que o frequentam, que, nesse sentido, assumem o caráter de consumidores dos tais serviços<sup>105</sup>. Mas as relações que se estabelecem entre essas partes não são as únicas possíveis, conforme evidencia Menezes Direito, pois que aquele consumidor-frequentador, além daquela firma mais outra com as

<sup>103</sup> STJ. REsp 273.279.

<sup>104</sup> STJ. REsp 273.279. Trecho do Voto-Vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, p. 7. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt\\_publicacao=29/03/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)>. Acessado em 10 abr. 2012.

<sup>105</sup> STJ. REsp 273.279. Trecho do Voto-Vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, p. 7. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt\\_publicacao=29/03/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)>. Acessado em 10 abr. 2012.

lojas e serviços que são prestados no seu interior<sup>106</sup>. Firmando neste sentido o seu entendimento, conclui o ministro

“Há, portanto, na minha compreensão, uma relação de consumo, na modalidade de serviço, entre o freqüentador do *shopping* e a entidade jurídica respectiva e uma relação de consumo entre esse mesmo freqüentador e as entidades jurídicas que se encontram reunidas naquele espaço determinado. Não há como aceitar que exista, apenas, relação jurídica entre o *shopping center* e as empresas instaladas dentro dele. Negar a relação jurídica do *shopping center*, como unidade de serviços, e os freqüentadores é negar a realidade”.<sup>107</sup>

Por toda a argumentação apresentada entende-se que o empreendedor de *shopping center* pode, sim, ser considerado fornecedor de serviços em diversas situações (pelo estacionamento ofertado, a oferta de alternativas de compra, de lazer, de segurança, entre outras) e responsabilizado pelos acidentes de consumo ocorridos no interior de seus empreendimentos<sup>108</sup>.

#### 1.2.2.2 Da relação entre lojista e consumidor

A outra relação que se estabelece no caso do *Shopping Morumbi*, é a daqueles que adquiriram ingressos para assistir ao filme “Clube da Luta” e o Cinema.

De acordo com o que foi exposto, enquadram-se no conceito de fornecedor ou prestador de serviços aqueles que habitual e profissionalmente oferecem ao mercado “atividades, benefícios e satisfações”<sup>109</sup> visando ao lucro.

Fazendo uma análise da atividade de um Cinema observa-se que ele coloca à disposição da população, com habitualidade, com profissionalidade, mediante remuneração,

<sup>106</sup> STJ. REsp 273.279. Trecho do Voto-Vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, p. 7. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt\\_publicacao=29/03/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)>. Acessado em 10 abr. 2012.

<sup>107</sup> STJ. REsp 273.279. Trecho do Voto-Vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, p. 7. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt\\_publicacao=29/03/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004)>. Acessado em 10 abr. 2012.

<sup>108</sup> O tema do acidente de consumo e as formas de responsabilização do fornecedor de serviços defeituosos serão abordados no segundo capítulo desta monografia.

<sup>109</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 48.

no mercado de consumo, o serviço de projeção de filmes para entretenimento do público em geral.

Desta brevíssima análise é possível se depreender que o Cinema claramente preenche os requisitos postos no conceito de fornecedor de serviços, caracterizando-se como tal.

Lembrando que Cláudia Lima Marques<sup>110</sup> ensina que o Código de Defesa do Consumidor impõe, pelo seu art. 1º, que só haverá uma relação de consumo quando presentes um fornecedor frente a um consumidor, analisa-se agora o outro pólo da relação.

Consumidor, de acordo com o já citado art. 2º do CDC, é todo aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ora, aquele que adquire ingresso para assistir a determinado filme em sala disponibilizada pelo Cinema é um consumidor, dado que adquire o ingresso com a finalidade específica de utilizar-se do serviço prestado no mercado de consumo, estabelecendo-se, claramente, uma vinculação jurídica entre eles.

É translúcida, portanto, a relação de consumo existente entre o lojista (no caso, o Cinema) e o adquirente de produto ou serviço por ele oferecido. E superada esta discussão acerca da existência da relação de consumo, parte-se a outro relevante debate: a possibilidade de responsabilização civil dos empreendedores e lojistas, agora já qualificados como fornecedores, pelos acidentes de consumo sofridos pelos consumidores.

---

<sup>110</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 302.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO DIREITO DE DANOS

### 2.1 Responsabilidade Civil – Considerações preliminares

Ensina Maria Helena Diniz que, tradicionalmente, a responsabilidade civil consiste na imposição de medidas que obriguem alguém a reparar o dano material ou extramaterial causado a outrem, surgindo esta imposição em razão de ato por ele praticado ou de pessoa por quem responda, “ou de fato, de coisa ou de animal sob sua guarda”<sup>111</sup> ou pela simples imposição de lei.

Em apertada síntese, entende a autora que responsabilidade civil “nada mais é que o dever de indenizar o dano” a que se deu causa<sup>112</sup>. No mesmo sentido, Maria Alexandra Willat a conceitua como um dever de responsabilização pelos seus próprios atos e suas consequências.<sup>113</sup>

Conforme leciona Silvio de Salvo Venosa, antes do advento do CDC a responsabilidade civil dos fornecedores era regida pelo Código Civil, que infligia ao consumidor o ônus da comprovação da *culpa subjetiva* do fornecedor causador do dano<sup>114</sup>, o que, de veras, inviabilizava na esmagadora maioria das vezes a reparação do dano, aumentando, inclusive, os suplícios do consumidor<sup>115</sup>.

Urgia, então, com toda a revolução ocorrida nas relações no mercado de consumo, houvesse uma nova maneira de defender o consumidor ante a patente desigualdade entre os contratantes. Adveio o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O inciso VI, do art. 6º do CDC abarca, como direito *básico* do consumidor, a reparação pelos danos materiais e extramateriais sofridos em decorrência das relações de consumo. E para tornar efetiva tal reparação e tendo como objetivo primordial do Código a

---

<sup>111</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.34.

<sup>112</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.34.

<sup>113</sup> WILLAT, Maria Alexandra. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. *Revista Jurídica [CESUT]*, vol. 4, n. 6, p. 125-160, jul/dez 2003, p. 126.

<sup>114</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 159 e 160.

<sup>115</sup> GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40.

garantia de que o fornecedor de bens e serviços repare *integralmente* os danos causados aos seus consumidores<sup>116</sup>, o legislador consagrou o *critério objetivo de responsabilização* do fornecedor (também chamado de *teoria do risco*) como regra neste novo microssistema.

José Luiz Pires de Oliveira Dias e Patrícia Pontes Passareli Prado afirmam que o CDC seguiu países como Estados Unidos, Inglaterra, Áustria, Alemanha e Portugal ao estabelecer no ordenamento pátrio a *teoria do risco* nas relações de consumo. Os autores sintetizam a teoria dizendo que ela impõe ao fornecedor de produtos ou serviços, independentemente de aferição de culpa, a responsabilidade em razão dos danos experimentados pelo consumidor e pelas demais vítimas que são a ele equiparadas oriundos de seus produtos ou serviços<sup>117</sup>.

Para o critério objetivo a culpa é prescindível<sup>118</sup> – não mais cabe discutir a conduta subjetiva do causador do dano, mas somente a ocorrência do dano e a causalidade que enlace o dano experimentado ao defeito do produto ou do serviço<sup>119</sup>. E isso acaba por conferir certeza à reparação do dano – porque leva em conta não a culpabilidade de seu causador, mas o próprio resultado danoso<sup>120</sup>.

Sobre a teoria do risco é necessário tecer alguns comentários antes de prosseguir. Inicialmente, por essa concepção, o que se compreende é que deve arcar com as consequências devastadoras do risco aquele que o criou para outrem<sup>121</sup>. Mas existem espécies de risco – dentre elas a do *risco proveito*, a do *risco profissional*, a do *risco-excepcional*, a do *risco administrativo* e a do *risco integral*.

---

<sup>116</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 61.

<sup>117</sup> DIAS, José Luiz Pires de Oliveira; PRADO, Patrícia Pontes Passarelli. A responsabilidade civil objetiva no código de defesa do consumidor: um outro ponto de vista. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo [IASP]*, vol. 12, n. 24, p. 162-170, jul. / dez. 2009, p. 163.

<sup>118</sup> GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40.

<sup>119</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002 p. 174-175.

<sup>120</sup> GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40.

<sup>121</sup> VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 88



Interessa aqui destacar a *teoria do risco proveito*, pela qual considera-se responsável aquele que auferir da atividade causadora de dano alguma vantagem econômica, baseando-se no entendimento de que o encargo de reparar nasce com o lucro<sup>122</sup>. A ideia é simples: deve reparar aquele que tira algum proveito econômico da atividade de caráter lesivo.

Conclui Sérgio Cavalieri Filho que com a adoção da teoria do risco do empreendimento o consumidor deixou de ser quem suporta o risco do consumo (antes obrigado a arcar sozinho com os prejuízos dos acidentes de consumo ou ficar sem indenização), sendo essa responsabilidade transferida para o fornecedor – que passou a ser o garante da qualidade e da segurança dos bens e serviços por ele ofertados<sup>123</sup>.

Na mesma linha, Luiz Antonio Scavone Júnior afirma que o CDC optou pela teoria na qual cumpre ao fornecedor a assunção o risco inerente à sua atividade ao colocar determinado produto ou serviço no mercado<sup>124</sup>. E em função disso, em caso de haver danos decorrentes dela, repará-los integralmente independentemente de culpa.

E mais, no caso de ocorrência de dano, conforme destaca Herman Benjamin, a reparação auferida pelo consumidor terá de ser “a mais completa possível”<sup>125</sup>, sendo proibida toda e qualquer cláusula de não indenizar ou que reduza o limite a indenização<sup>126</sup>. Para a doutrina e a jurisprudência, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho, em face deste princípio da reparação integral, não pode ser admitida nem mesmo a limitação legal de indenização<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 88-89

<sup>123</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 264.

<sup>124</sup> SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Causas e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 8, p. 53, Out/2001. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>125</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Defesa do Consumidor*. 2 tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>126</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 485.

<sup>127</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 485.

Essa mudança trazida pelo Código de Defesa do Consumidor fez com que houvesse a superação da tradicional divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual<sup>128</sup>. Nos dizeres de Scavone Júnior: a responsabilidade civil do sujeito que fornece produtos e serviços separa-se da noção de contratual ou extracontratual e passa a fundamentar-se unicamente na relação jurídica estabelecida entre ele e o consumidor<sup>129</sup>.

Paulo R. Roque A. Khouri afirma que a legislação consumerista brasileira quebrou com a ideia de culpa e impôs ao fornecedor a obrigação de indenizar todas as vezes que seus produtos ou serviços forem a causa de danos aos consumidores<sup>130</sup>.

Por conseguinte, em concordância com a afirmativa dos autores supracitados, Basilio conclui ser correto afirmar que irrelevante é o exame da conduta do fornecedor, pois que não cabe discussão acerca da proporção de cuidado e empenho do empreendedor em determinado caso, uma vez que a incidência ou não de culpa não é apreciada para efeito do dever de reparar<sup>131</sup>.

A sistemática adotada pela legislação protetiva criou uma importante repartição da responsabilidade civil do fornecedor que, diferentemente do Código Civil<sup>132</sup>, regulou separadamente os institutos pertinentes aos vícios e os defeitos dos produtos e serviços, ao estabelecer para cada uma das figura efeitos bem distintos<sup>133</sup>. E com acerto, de

---

<sup>128</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 484.

<sup>129</sup> SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Causas e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 8, p. 53, Out/2001. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>130</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 158.

<sup>131</sup> BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 204

<sup>132</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150. Observe-se ainda o que informa o autor na mesma obra e página: “o Código Civil brasileiro, ao regular o instituto dos vícios redibitórios, equiparou os vícios e os defeitos ocultos da coisa, que a tornam coisa imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuam o valor para o efeito de permitir que seja enjeitada pelo comprador. Por isso, poder-se-ia pensar que o vício e defeito seriam expressões sinônimas ou, pelo menos, equiparadas entre si.”

<sup>133</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

acordo com Cibele Pinheiro Marçal Tucci, pois que foram classificadas de acordo com o bem da vida lesado ou ameaçado de lesão<sup>134</sup>.

No Código de Defesa do Consumidor, os defeitos do produto e do serviço estão previstos nos arts. 12 e 14, na Seção que trata “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”, e desdobram-se em responsabilidade por *acidentes de consumo*, que são aqueles defeitos que agredem a incolumidade psicofísica do consumidor, podendo também a sua incolumidade econômica ser atingida.

Os vícios do produto e do serviço relacionam-se com a “Responsabilidade por Vícios do Produto e do Serviço”, previstos em Seção que leva este mesmo nome, nos arts. 18 a 20 do CDC. Os vícios do bem ou do serviço são, então, aqueles em que a ofensa é dirigida apenas à incolumidade econômica do consumidor, não atingindo outras esferas, em razão de o vício afetar apenas a utilidade instrínseca do produto, tornando-o imprestável para uso ou depreciando-lhe o valor.<sup>138</sup>

Entende Cibele Pinheiro Marçal Tucci que o legislador partiu da ideia de que quanto maior a importância do bem tutelado, maior deve ser a reprimenda pelo seu descumprimento por parte do fornecedor. Por isso são mais severas as consequências pelo *fato do produto*, pois que intentam proteger a incolumidade psicofísica do consumidor; enquanto mais brandas as consequências para o vício, pois que só atingem a esfera financeira daquele que consumiu<sup>139</sup>.

Para o presente trabalho a questão do *fato do serviço* será aprofundada, ou seja, a questão do acidente de consumo será estudada com maior destaque, por ser necessária ao estudo do REsp 1.164.889 SP.

---

<sup>134</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 9, n. 11, jan/dez 2005, p. 70. Destaque-se ainda o que fora dito pela autora na mesma obra e página: “se o bem em questão estiver enquadrado entre os direitos da personalidade do consumidor, especialmente sua incolumidade física e psíquica, ter-se-ia responsabilidade pelo fato do produto, decorrente de defeito de segurança. Por outro lado, se o dano vier a incidir sobre os interesses econômicos do consumidor final, haveria exclusivamente defeito de qualidade, tornando o produto ou serviço inadequado ao consumo, ou menos valioso, de modo que a responsabilidade, nesse caso, seria por vício do produto”.

<sup>138</sup> SIQUEIRA FILHO, Miguel Batista de. A evolução da responsabilidade civil do fabricante por acidente de consumo. *Ciência Jurídica*, vol.15, n.97, p. 11-20, jan/fev 2001, p 15.

<sup>139</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 9, n. 11, jan/dez 2005, p. 70.

Cumpra destacar, de acordo com a lição de Sílvia de Salvo Venosa, que quando se trata de transgressão aos direitos do consumidor, havendo mais de um autor, o CDC impõe que todos serão solidariamente responsáveis pela compensação ou reparação dos danos experimentados<sup>140</sup>, conforme parágrafo único do art. 7 do CDC.

Está certo que a legislação consumerista retirou o elemento culpa da responsabilidade do fornecedor, mas isso não quer dizer, porém, que a vítima nada tenha que provar<sup>141</sup>. Afirma Zelmo Denari, que mesmo havendo a dispensa do elemento culpa pelo CDC, esta abolição não significa a exclusão dos demais elementos do sistema tradicional de responsabilização.<sup>142</sup>

Levando em consideração a edição do Código de Defesa do Consumidor e a inovação da responsabilidade sem culpa dos fornecedores, enumeram-se atualmente três pressupostos para a responsabilidade civil do fornecedor nos casos de acidentes de consumo<sup>146</sup>: (a) o defeito do produto ou do serviço, (b) o dano patrimonial e/ou extrapatrimonial, e (c) o nexo causal entre o defeito e o dano. Apenas para efeito de análise introdutória esclarecem-se sucintamente os elementos apontados pela doutrina para configuração do dever de reparar.

O primeiro dos pressupostos apontados é a existência de defeito, de uma imperfeição no produto ou no serviço prestado<sup>147</sup> – ele foi concebido ou prestado com defeito, ou a informação constante dele é defeituosa<sup>148</sup>. Esta questão será mais amplamente discutida no próximo tópico desta pesquisa.

---

<sup>140</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157.

<sup>141</sup> SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Causas e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil*. Revista de Direito Privado, vol. 8, p. 53, Out/2001. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>142</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 146.

<sup>146</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

<sup>147</sup> Sobre o tema, destaque-se a argumentação de Cibele Tucci (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 9, n. 11, jan/dez 2005, p.73): “Para que a responsabilidade civil se cuide, é preciso que o produto ou o serviço apresentem alguma *imperfeição*, quando confrontados com padrões de qualidade e segurança razoáveis.”.

<sup>148</sup> ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.102.

O dano é toda ofensa aos bens juridicamente tutelados<sup>149</sup>. E dos diversos danos a que podem ser expostos os consumidores, tratam-se aqui, rapidamente, dos chamados *dano material* e *dano moral* – também entendido como dano extramaterial, pois que os direitos da personalidade, nos quais está inserto o dano moral, são desprovidos de caráter material<sup>150</sup>.

Inicialmente cumpre esclarecer que, além das garantias previstas na legislação infraconstitucional, é constitucionalmente garantido<sup>151</sup> o direito da vítima se ver reparada nos danos (morais e materiais) a que fora submetida. E, claro, sendo a ofensa dirigida tanto ao patrimônio quanto aos direitos personalíssimos da pessoa, perfeitamente cumuláveis os dois<sup>152</sup>.

É importante que se diferencie, desde logo, o dano moral do dano material. Maria Celina Bodin de Moraes indica os seguintes aspectos de distinção dos institutos: (i) a forma de identificação, (ii) os critérios de reparação da ofensa, e (iii) a forma de liquidação<sup>153</sup>.

A forma de como é detectado o dano é o primeiro aspecto diferenciador das espécies. Destaca a doutrinadora que ao passo que para configuração do dano patrimonial exige-se que o prejuízo seja concretamente provado pela vítima, no dano extrapatrimonial essa prova é desnecessária para a configuração do dever de indenizar, bastando a violação à personalidade – pois que presume-se que a lesão a “qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral”<sup>154</sup>.

Comunga Maria Celina Bodin de Moraes do entendimento exarado por Cavalieri Filho e informa que o dano moral, diferentemente do material, está *ínsito na ofensa*

---

<sup>149</sup> WILLAT, Maria Alexandra. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. *Revista Jurídica [CESUT]*, vol. 4, n. 6, p. 125-160, jul/dez 2003, p. 129.

<sup>150</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 140.

<sup>151</sup> Art. 5, inciso X da Constituição Federal.

<sup>152</sup> STJ. Enunciado de súmula. Corte Especial. DJ 17/03/1992, p. 3172: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

<sup>153</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 159- 160

<sup>154</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p.160

*em si*, pois que decorrente da gravidade do próprio ato. Disso, provada a ofensa, provado está o dano<sup>155</sup>.

Diversamente do dano extramaterial, o material tem de ser provado e visa a composição em pecúnia do estado anterior ao dano, comportando o valor que efetivamente se perdeu, o dano emergente e o que razoavelmente deixou de lucrar<sup>156</sup>. Destaca Rizzatto Nunes que restando o dano material comprovado, deve este ser, também, ressarcido integralmente.<sup>157</sup>

Os critérios de reparação constituem o segundo aspecto a ser analisado. Para que seja reparado o dano material a que foi exposta a vítima não é necessário que se verifique o grau de culpa do agente, dado que o dano patrimonial se mede pela sua própria extensão. A respeito do dano extramaterial, no entanto, a questão toma outra direção. Os critérios que tem sido adotados, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, são (a) o grau de reprovação da conduta do ofensor, (b) a reverberação social do dano, (c) a situação socioeconômica da vítima e também do ofensor<sup>158</sup>.

O último aspecto diz respeito a liquidação do dano. Leciona Maria Celina Bodin de Moraes que, para o dano material, conserva-se correta a expressão das “perdas e danos” – compreendidos nela os danos emergentes e os lucros cessantes<sup>159</sup>; para o dano extramaterial, a liquidação fica adstrita apenas ao arbítrio do juiz, não estando ele sujeito a qualquer limitação posta em lei ou “tarifa pré fixada”<sup>160</sup>.

Leonardo Roscoe Bessa chama a atenção para uma importante questão. Diferentemente dos danos materiais, aos quais facilmente se atribui um valor monetário, o dano extramaterial carece de mais cuidado. Há valores e bens aos quais não pode ser atribuído “preço” – como a honra ou a imagem de alguém, por exemplo. Daí dizer-se que o que é pago

<sup>155</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p.160-161

<sup>156</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320-321

<sup>157</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320-321.

<sup>158</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p.162.

<sup>159</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p.162.

<sup>160</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p.162

a título de danos morais tem caráter *compensatório* (e não indenizatório como erroneamente alguns defendem) – o dinheiro apenas ameniza o mal a que fora submetida a vítima.<sup>161</sup>

E, por fim, o nexo causal. Elemento esse tradicionalmente essencial para o dever de reparar, dado que inexistindo a ligação de causalidade entre o dano e o defeito do produto ou serviço, a obrigação de reparar é afastada.

*A vítima deve apontar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o produto ou serviço defeituoso apenas*, já que o defeito do produto é presumido – sendo de responsabilidade do fornecedor a prova em contrário<sup>162</sup>.

Apesar, então, da desnecessidade de comprovação de culpa do fornecedor, ainda é necessário que se observem os requisitos supracitados para a teoria tradicional de responsabilização civil, em especial o nexo de causalidade, o que dificulta a reparação da vítima, razão pela qual alguns autores vêm defendendo, entre outras soluções, a diluição do nexo causal como forma de garantia de reparação dos danos<sup>163</sup>.

Disso, é possível afirmar que o CDC garante aos consumidores reparação integral dos danos que experimentar e também contra potenciais danos por meio de prevenção<sup>167</sup>. E essa reparação, materializada na indenização e na compensação que paga o causador do dano ao ofendido, manifesta o seu dever de realizar providências para restituir a vítima ao *status quo ante*<sup>168</sup> e a compensação integral e a mais completa possível.

## 2.2 Do fato do produto e do serviço

O Código de Defesa do Consumidor, na Seção que compreende os arts. 12 a 17, intenta proteger o consumidor daqueles bens e serviços (defeituosos) postos no mercado que não apresentem a segurança que legitimamente deles se espera, causando danos à sua saúde e/ou ao seu patrimônio.

<sup>161</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos*: ao alcance de todos. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 36. O autor ainda destaca, na mesma obra e página, que os danos morais costumam ser associados a “sentimentos negativos decorrentes de determinado fato como constrangimento, tristeza, vergonha, frustração, mágoa, etc. Assim, cabe indenização por danos morais decorrentes do sentimento de tristeza decorrentes da perda de um filho.”

<sup>162</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 66.

<sup>163</sup> A questão da diluição do nexo causal será abordada no último tópico deste capítulo.

Em estudo sobre o tema, Rosana Grinberg conceitua o acidente de consumo como sendo “a manifestação externa e danosa de um defeito preexistente”, definindo como causa um produto ou um serviço posto em circulação no mercado consumerista que carece da segurança que os consumidores com legitimidade deles esperam, ou que decorre da deficiência ou da ausência de informações sobre sua utilização ou seus riscos<sup>169</sup>. O fato do produto ou do serviço é a materialização, portanto, de um defeito preexistente<sup>170</sup>.

Complementa essa visão Cibele Tucci ao definir que se o defeito acarreta um resultado danoso não previsto, “desatrelado da utilidade própria do bem ou serviço, e decorrente de um risco que o consumidor razoavelmente não assumiu”<sup>171</sup> estará configurado o acidente de consumo e a responsabilidade a ser aplicada ao caso é a por fato do produto ou do serviço.

Levando as conceituações apresentadas em consideração, claro é que o bem jurídico que aqui se pretende tutelar é a “segurança ou incolumidade física e patrimonial” daquele que consome em face dos danos advindos dos acidentes de consumo<sup>172</sup>.

Daí decorre a imputação, aos fornecedores, do dever geral de segurança, garantindo que os serviços ou produtos circulem sem colocar em risco a integridade física e patrimonial dos consumidores<sup>173</sup>.

É necessário que se observe, no entanto, que alguns produtos e serviços trazem em si mesmos riscos considerados normais e esperados, pois que são decorrentes de

---

<sup>169</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Acessado em 12/04/2012 por meio de revista digital. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>170</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114 e ss., jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>171</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 9, n. 11, jan/dez 2005, p. 76.

<sup>172</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112

<sup>173</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.



sua natureza – como é o caso, por exemplo, de uma faca<sup>174</sup>. Mas quando esse risco é potencializado por um defeito, perde essa “segurança do risco que intrinsecamente possui”<sup>175</sup>, incidindo aí defeito por insegurança.

Para trazer esta problemática o mais próximo possível da realidade que será analisada, qual seja, a dos *shopping centers*, de acordo com a lição de Basílio emolduram-se na concepção de fato do serviço: as explosões, os assaltos e os tiroteiros, os escorregões e as quedas, acidentes em escadas rolantes ou elevadores, em razão de atingirem a incolumidade psicofísica dos consumidores no momento da utilização dos serviços ali ofertados<sup>176</sup>.

Ao conjugar a definição supracitada de Cíbele Tucci com os exemplos de Basílio, é fácil perceber que um tiroteio ou uma explosão são claramente resultados danosos que não são esperados pelo consumidor, completamente desvinculados do proveito do serviço oferecido pelo *shopping center* e resultante de um risco que o consumidor obviamente não assumiu.

Diante disso, é de se concluir que é papel de todo empreendedor de *shopping center*, e também de seus lojistas, tomar todas as medidas e precauções para que o grau de segurança do empreendimento seja compatível com o que é esperado pelos consumidores<sup>178</sup>. Rosana Grinberg explicita entendimento no mesmo sentido quando afirma que os *shopping centers* têm o encargo de zelar pela segurança dos destinatários dos seus serviços, especialmente em razão de toda a sua publicidade ser direcionada tanto a segurança quanto a tranquilidade oferecidas em seus espaços<sup>179</sup>.

E, em havendo qualquer acidente de consumo em decorrência de algum defeito nos serviços prestados, serão os fornecedores responsabilizados.

---

<sup>174</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114 e ss., jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>175</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>176</sup> BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 204

<sup>178</sup> BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 205.

<sup>179</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

### 2.2.1 Das excludentes de responsabilidade do fornecedor serviços

Embora tenha adotado a *teoria do risco*, ou o critério objetivo de valoração da responsabilidade, o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 12, §3º e 14, §3º, contempla as hipóteses de exclusão do dever de indenizar tanto do fornecedor de produtos como de serviços.

No caso da relação existente no Recurso Especial estudado mais adiante, basta que verifiquem-se as excludentes dos fornecedores de serviços, dado que o Cinema e o *Shopping Morumbi* se enquadram perfeitamente, como já defendido anteriormente, neste conceito.

Para tanto, este estudo foca-se no que dispõe o parágrafo 3º e incisos do art. 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O dispositivo informa que fornecedor de serviços *somente* será eximido da obrigação de reparar quando provar: (I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou (II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Relembre-se, inicialmente, que o legislador, ao contrário do que sucede no art. 12<sup>180</sup>, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, tratando apenas de “fornecedor” – gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção ou distribuição<sup>181</sup>.

Feita esta observação, é importante, desde já, também frisar que as causas capazes de elidir a responsabilidade civil nas relações consumeristas são legalmente indicadas, exaustivamente e não somente a título de exemplo<sup>182</sup>. Nesse sentido firma seu entendimento Francisco Carvalho Correa ao sustentar que inadmissível interpretação diversa

<sup>180</sup> “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]”

<sup>181</sup> Esta argumentação é sustentada no livro de BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Defesa do Consumidor*. 2 tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137 e 138. Antônio Herman Benjamin sustenta que isso ocorreu por que “em regra, o fornecedor de serviços é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros: neste caso, todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado”.

<sup>182</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 65-66.

da de que são *numerus clausus* as excludentes ali previstas<sup>183</sup>. Isto é, as cláusulas postas no CDC são taxativas e o que não estiver nelas previsto não poderá ser arguido em defesa do fornecedor<sup>184</sup>.

Ou seja, o legislador expressamente restringiu as excludentes da responsabilidade do fornecedor de modo a não permitir interpretação ampliativa desse rol. Luiz Antônio Rizzatto Nunes sustenta, nessa mesma linha, que em razão da adoção do advérbio “só” – significando, por óbvio, “apenas”, “somente”; é impossível crer na legitimação de qualquer outra excludente senão as ali arroladas.<sup>186</sup>

Postas tais considerações, parte-se à análise das duas excludentes mencionadas, não descurando de discutir por fim a questão da (in)aplicabilidade do *caso fortuito* e da *força maior* como excusas ao dever de indenizar.

#### 2.2.1.1 Da inexistência do defeito

A primeira hipótese eximente que poderá ser invocada pelos fornecedores de serviços será a de inexistência do defeito. E isso se dá porque não havendo falha por parte do fornecedor o nexo de causalidade, por óbvio, se desfaz.

Ocorre que o defeito é presumido, competindo ao fornecedor o ônus de provar que este inexistente<sup>187</sup>. Logo, se o fornecedor não produzir esta prova será responsabilizado<sup>188</sup>. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho e Agostinho Oli Koppe Pereira advertem que a inversão do ônus da prova opera-se *ope legis*<sup>189</sup>.

<sup>183</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 65-66.

<sup>184</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 65-66.

<sup>186</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

<sup>187</sup> CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008, p. 66.

<sup>188</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

<sup>189</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 273.

Frise-se que o ônus retirado do consumidor é o da *prova da existência do defeito* e não da existência do dano<sup>190</sup>! Não poderia ser imposto ao fornecedor esse tipo de prova já que não lhe é possível produzir prova de fato negativo<sup>191</sup>.

Ou seja, de forma bem simplificada, se o fornecedor *provar* que não há prestação de serviço defeituosa, inexistente causalidade e, portanto, não haverá responsabilidade<sup>192</sup>. Não havendo, contudo, prova em contrário, configurado está o dever de reparar<sup>193</sup>.

O conceito de defeito, na realidade que ora se examina, apresenta-se como um pressuposto de extrema importância na relativização da responsabilidade civil dos fornecedores<sup>194</sup>.

O CDC define no art. 14, em linhas gerais e abstratas, que o serviço será considerado defeituoso quando não oferecer a segurança que o consumidor dele possa esperar, levando-se em conta condições relevantes entre as quais: (I) o modo de seu fornecimento; (II) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e (III) a época em que foi fornecido<sup>195</sup>.

O legislador consumerista tem sido criticado por alguns em razão de não ter definido claramente o que seria um defeito, mas Sanseverino explica que esta fora,

<sup>190</sup> Relembre-se, apenas, que já fora explanado que o Dano Extramaterial não necessita de comprovação dado que ocorre *in re ipsa*. Ou seja, tendo ocorrido a ofensa, provado está o dano.

<sup>191</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287.

<sup>192</sup> WILLAT, Maria Alexandra. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. *Revista Jurídica [CESUT]*, vol. 4, n. 6, p. 125-160, jul/dez 2003, p. 148.

<sup>193</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

<sup>194</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

<sup>195</sup> Observe-se a ressalva feita por Rosana Grinberg: “À semelhança das considerações feitas quanto ao fato do produto, o serviço também não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. Assim, exemplificativamente, se novas técnicas de hemodiálise surgem, não torna o serviço anterior apenas por estas razões, defeituoso, mormente quando obedecidos os padrões mínimos de qualidade e segurança. O que o torna defeituoso é a carência de segurança e de informações sobre a sua natureza, fruição e riscos. Portanto, qualquer que seja a técnica utilizada deve obedecer padrões mínimos de segurança e qualidade para a época de sua colocação no mercado de consumo”. GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

precisamente, a técnica legislativa adotada. Escolheu-se uma “fórmula suficientemente vaga, em termos semânticos, do conceito de defeito”<sup>196</sup>, com o propósito de abranger largamente os acidentes de consumo a fim de que se aprecie, em cada caso concreto, a existência do dano e sua qualificação como sendo consequente de fato do bem ou do serviço.

É de se refletir, então, que se os defeitos fossem expressamente previstos no CDC e num determinado incidente um consumidor fosse lesado e esta hipótese não estivesse prevista, a compensação ao consumidor seria novamente inviável (como quando havia de provar a culpa subjetiva do fornecedor). Então, para que a proteção fosse realmente efetiva, optou-se pela não conceituação concreta do que seria defeito.

No entender de Guilherme Couto de Castro a noção de defeito expressa no artigo não é somente a de uma prestação viciada em si mesma, mas sim, de modo muito mais amplo, *a do serviço que não atenda às expectativas legítimas do consumidor, ou às exigências de aperfeiçoamento buscadas por lei. Para ele, aqueles produtos ou serviços, mesmo em si perfeitos, podem vir a ser considerados defeituosos por não atenderem à segurança plausível para os riscos que dará ensejo.*<sup>198</sup>

Sérgio Cavalieri Filho aponta serem três os tipos possíveis de defeitos dos serviços: (a) concepção, (b) de prestação ou (c) de comercialização (informações insuficientes ou inadequadas sobre os seus riscos)<sup>199</sup> e destaca novamente que há uma presunção a favor do consumidor de que foi o fornecedor que prestou o serviço de forma defeituosa, cabendo a ele provar o contrário.

Incumbe, em conclusão, ao fornecedor provar que nenhum destes tipos de defeitos está presente no serviço para assim se eximir do dever de indenizar o dano experimentado pelo consumidor.

Importantíssimo ressaltar que, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar da responsabilidade *por fato do serviço*, o art. 14 fala apenas em “fornecedor – gênero

---

<sup>196</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

<sup>198</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Edição, 1997, p.78.

<sup>199</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 276.

que inclui todos os partícipes da cadeia produtiva”<sup>202</sup>. Disso é possível concluir e destacar novamente que, tratando-se de dano causado por defeito do serviço (fato do serviço), respondem *solidariamente* todos os participantes da cadeia de fornecimento dele<sup>203</sup>.

Isso significa dizer que responde pela universalidade dos danos cada um dos devedores solidários<sup>204</sup>, sendo facultado ao consumidor exigir de apenas um, integral ou parcialmente, ou mesmo de todos eles a compensação que lhe é devida<sup>205</sup>.

Ressalta Rosana Grinberg que não há qualquer restrição imposta ao consumidor que lhe proíba de posteriormente acionar por via judicial os demais devedores solidários, no caso de a primeira ação ter sido proposta em face de apenas um deles. Ademais, afirma a autora que a repartição da responsabilidade entre os codevedores solidários é de todo estranha ao litígio. A sentença condenatória determina que todos sejam solidariamente responsáveis pela dívida e o consumidor pode executá-la a em relação a qualquer deles, ao seu livre arbítrio<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 496.

<sup>203</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 496.

<sup>204</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>205</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>206</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012. Ainda na mesma obra: “Resguarda-se, contudo, àquele que efetivar o pagamento ao consumidor prejudicado, exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, na proporção da participação de cada um no evento danoso (art. 13, parágrafo único, do CDC), nos próprios autos ou em processo autônomo, mas sempre depois de pagar a indenização, vedada, em todos os casos, a denúncia da lide (art. 88, CDC) e o chamamento ao processo, neste último caso, permitido o chamamento do segurador, exceção expressa e exclusiva (art. 101, II, CDC), nas situações em que o réu houver contratado seguro de responsabilidade, vedada, porém, a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Essa vedação expressa em lei, se explica e se justifica pela adoção do direito de regresso e pela imposição de pronta reparação de todos os danos. De outra parte, além de discussão ser estranha à lide principal, na medida em que esses institutos processuais fossem de aplicação permitida, com certeza, haveria retardamento na prestação jurisdicional, acrescido do argumento de que, na denúncia da lide, haveria benefício tão-somente para o réu. A exceção do chamamento do segurador é autorizada por beneficiar também ao autor, uma vez que, integrando a lide, passa a existir solidariedade legal entre o segurado e o segurador, podendo também aí, o consumidor executar qualquer um dos devedores solidários.”

A autora ainda tece o seguinte comentário: a solidariedade posta no CDC é muito mais abrangente do que a solidariedade do Código Civil, pois que como já alertado anteriormente, é inadmissível a renúncia e a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuar o dever de reparar (art. 25, CDC)<sup>207</sup>.

Aduz Agostinho Oli Koppe Pereira que em sendo a existência de defeito pressuposto de causalidade para conduzir à indenização sobrevinda de um dano à relação de consumo circunscrito, a carência desse pressuposto conduz ao não dever de indenizar<sup>208</sup>, cabendo exclusivamente ao fornecedor, então, a comprovação da inexistência dele.

#### 2.2.1.2 Da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Cuida-se agora da segunda e polêmica excludente prevista no Código de Defesa do Consumidor: a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

São três os pontos principais a serem discutidos para elucidação destas excludentes: (a) culpa exclusiva do consumidor, (b) culpa exclusiva de terceiro (incluindo análise sobre quem pode ser este sujeito), e (c) a questão da culpa concorrente.

A responsabilidade do fornecedor é também afastada nessas duas hipóteses pela inexistência do nexo de causalidade necessário a enseja-lá. Se o acidente de consumo não decorre de defeito do produto e sim de conduta *exclusiva* do consumidor ou de terceiro não há falar em responsabilização de quem prestou o serviço pela reparação dos danos sofridos.

Rosana Grinberg lembra que a culpa capaz de eximir a responsabilidade do fornecedor é somente a *exclusiva* do consumidor ou do terceiro<sup>209</sup>, como diz o próprio texto da lei. Isto é, o comportamento do consumidor ou do terceiro tem que ser a única e exclusiva

<sup>207</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>208</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 272.

<sup>209</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.>.

causa do acidente, *não podendo existir qualquer defeito no produto ou no serviço prestado*<sup>210</sup>. Ou, como informa Gisela Sampaio da Cruz, o fato capaz de exonerar o fornecedor será somente aquele que elimine *totalmente* a relação de causalidade entre o dano e a execução do serviço<sup>211</sup>.

Fácil é a constatação de quem pode ser considerado consumidor neste caso, mas, quanto a outra excludente, surgem algumas questões a serem elucidadas. Há que se questionar *quem poderia ser o terceiro* a que se refere o texto da lei, pois que ele também pode ser responsabilizado pelo dano causado ao consumidor.

O *terceiro* a que se reporta o inciso em análise é qualquer pessoa que, nos dizeres de Zelmo Denari, não se identifique com os partícipes da relação de consumo<sup>212</sup>. Aqueles, portanto, que são considerados consumidores (mesmo que equiparados) ou fornecedores (inclusive seus prepostos) não poderão ser qualificados como terceiros para esta causa de exclusão.

Além disso, elucidadas estas duas primeiras questões, faz-se extremamente necessária a discussão a respeito do termo *culpa exclusiva*, utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor. Zelmo Denari argui que a averiguação do comportamento culposos do consumidor ou do terceiro somente será admitida para que o fornecedor demonstre e prove a *exclusividade* da culpa do consumidor ou do terceiro<sup>214</sup>.

Em seguida, Denari faz a importante ressalva de que inconfundíveis são a culpa exclusiva e concorrente. Na primeira delas o nexo de causalidade se desvanece afastando a relação de responsabilidade, mas na segunda hipótese a responsabilidade permanece, sendo apenas atenuada<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>211</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 180.

<sup>212</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 189.

<sup>214</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.188.

<sup>215</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.188.



Paulo R. Roque A. Khouri, ao discorrer a respeito da culpa concorrente entre fornecedor e consumidor, afirma afastar-se a excludente em razão do *bem ou do serviço já padecer de defeito antes do acidente*, sendo irrelevante a conduta culposa do consumidor porque o dano, independentemente dela, acabaria por ocorrer<sup>216</sup>.

Guilherme Couto de Castro também discute a questão da concorrência de culpas nos acidentes de consumo entre quem forneceu e quem consumiu, a fim de saber se ela mitiga ou de alguma forma exclui o encargo reparatório do fornecedor. E afirma que a resposta é terminantemente negativa, só se admitindo como liberatória do dever de reparar a falha exclusiva do consumidor<sup>217</sup>. Ademais, acrescenta que, em tese, sequer há diminuição do *quantum* a ser ressarcido<sup>218</sup>. Também compartilham deste entendimento Rizzatto Nunes e Paulo R. Roque A. Khouri quando defendem a subsistência da responsabilidade integral<sup>219</sup> do fornecedor pela reparação de danos.

A respeito do fato de terceiro, observe-se trecho do voto do relator da Apelação Cível com Revisão nº 421.435-4/0-00, da Comarca de São Paulo,

“O fato de terceiro somente pode ser considerado como causa de exclusão da culpa do agente direto do dano, quando a conduta do terceiro, por si só, ocasionou o dano, *de maneira absoluta*, de tal forma que retira o nexo causal entre o dano e a ação do agente”.<sup>220</sup>

Das lições de Cavalieri Filho sobre a concorrência de culpa entre fornecedor e terceiro infere-se que a culpa do terceiro perde toda e qualquer importância quando evidenciado que sem o defeito do produto ou do serviço o dano não teria se materializado<sup>222</sup>.

<sup>216</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 177.

<sup>217</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81-84.

<sup>218</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81-84.

<sup>219</sup> Assim defende Rizzatto Nunes em NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292, quando afirma que ainda que apurada a culpa concorrente esta não serve para exclusão, nem para diminuição da indenização. Ou seja, se apurada a culpa concorrente do consumidor, ainda assim é o fornecedor (no caso de serviços) que responde integralmente pelos danos.

<sup>222</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.501.

Declara Agostinho Oli Koppe Pereira, utilizando-se das palavras de Ferreira da Rocha, não ser a concausalidade culposa de terceiro motivo suficiente para que haja diminuição ou isenção da responsabilidade do fornecedor perante ao consumidor lesado<sup>227</sup>.

*Leciona o autor que se houver concorrência de culpa entre o fornecedor e o terceiro, não contruindo em nada o consumidor para a ocorrência do dano, a responsabilidade será solidariamente compartilhada entre aqueles culpados pelo dano, em atenção ao disposto no §1º do art. 25, CDC, que trata da solidariedade a todos os responsáveis pela causação do dano*<sup>229</sup>.

Gisela Sampaio da Cruz ainda alerta para a questão de que não são todos os fatos de terceiro que eliminam o elo de causalidade entre a conduta do lesante e o dano. Ademais, o fato de terceiro não se presume, devendo ser provado por quem alega não só a existência da conduta de terceira pessoa como também a causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato praticado por aquela<sup>230</sup>.

Em concordância com o pensamento dos autores, conclui-se que a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro exime o fornecedor do dever reparatório, pois que o dano não fora determinado por qualquer defeito do serviço.

Se não for *exclusiva* e sim *concorrente* a culpa, portanto, incidindo algum defeito na prestação do serviço, desqualificada está a excludente ensejando a reparação integral do consumidor.

No caso específico do *shopping center*, caso haja influência do empreendedor ou lojista, qualquer que seja, para que o dano ocorra, assinalada estará a sua culpa concorrente e o dever de reparar<sup>233</sup> integralmente o consumidor lesado em regime de

---

<sup>227</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 274.

<sup>229</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 274

<sup>230</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179.

<sup>233</sup> BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 205.

solidariedade com o terceiro, restando, obviamente, descaracterizada a excludente mencionada.

### 2.2.1.3 Caso fortuito e força maior

Cogita-se, ainda, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, se o *caso fortuito e a força maior* também poderiam ser considerados excludentes do dever de indenizar do fornecedor de produtos e serviços.

Como anteriormente explicitado, comunga-se aqui do entendimento de determinados autores como Rizzatto Nunes, Rosana Grinberg e Francisco Carvalho Correa, no sentido de que o CDC explicitou as excludentes da responsabilidade do fornecedor de forma a não permitir interpretação ampliativa desse rol. Ou seja, as cláusulas de exoneração de responsabilidade por parte do fornecedor são *numerus clausus*, não deixando espaço para que sejam inclusas outras<sup>235</sup>.

Fundamentam esse entendimento diversos motivos. O primeiro deles semântico – dado que o legislador consumerista adotou o advérbio “só” na redação do dispositivo<sup>236</sup>. Depois porque se fosse a intenção do legislador que a força maior e o caso fortuito compusessem o rol das excludentes, assim o teria feito – e pelo fato de não os ter contemplado no CDC, conclui-se que expressamente negados pelo legislador. Ademais, há que se refletir um pouco a respeito dos institutos para que se avalie sua compatibilidade com os preceitos e princípios do CDC.

Ao argumento de que o Código Civil (CC) pode ser subsidiariamente aplicável às relações de consumo nas disposições que não lhe são incompatíveis, alguns autores<sup>237</sup> vêm defendendo a inclusão destes institutos como excludentes de responsabilidade dos fornecedores.

---

<sup>235</sup> GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <[www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br)>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>236</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

<sup>237</sup> Entre eles Sérgio Cavallieri Filho.

Destarte, Rosana Grinberg lembra que as disposições do CDC devem ser aplicadas de forma obrigatória às relações de consumo, não podendo a legislação protetiva ser afastada por nenhuma hipótese<sup>238</sup>.

Apenas o fato de poder ser aplicado o CC subsidiariamente ao CDC não implica na aceitação destas excludentes aos casos de acidente de consumo, mormente por serem as duas hipóteses excludentes de *culpabilidade*. Nesse mesmo sentido, descarta Rizzatto Nunes a aplicação de tais dispositivos por se tratarem de excusas contempladas no art. 159 do Código Civil de 1916 [correspondente ao 927 do Código Civil de 2002], que trata da responsabilidade advinda de conduta culposa ou dolosa praticada pelo agente<sup>239</sup> e no sistema de proteção do consumidor não se discutir *culpa*<sup>240</sup>.

Em outras palavras, a *teoria do risco*, adotada pelo CDC, *não comporta análise de culpa dos fornecedores responsáveis pelo dano ocorrido – sendo, inclusive, esta análise absolutamente incompatível com o que preceitua a legislação consumerista*. Isto é, não há porque discutir-se culpa se ela não é levada em conta quando da análise da hipótese do defeito do serviço<sup>241</sup>.

Rosana Grinberg argumenta que o sistema de responsabilização adotado pelo CDC é praticamente integral, pois que só aceita como excusas ao dever de reparar as nele contempladas – sendo, por conseguinte, imposto a todas as outras situações o dever de indenizar independentemente de culpa, se provados o dano e a causalidade pelo consumidor. Aduz ainda a autora que “*raciocinar de outra forma é criar brechas na legislação para o fornecedor se isentar de responsabilidade*”<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> GRINBERG, Rosana. *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*. In: Revista de direito do consumidor, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

<sup>239</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285

<sup>240</sup> GRINBERG, Rosana. *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012..

<sup>241</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

<sup>242</sup> GRINBERG, Rosana. *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*. *Revista de direito do consumidor*, vol. 35, p. 114, jul/2000. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acessado em: 02 abr. 2012.

Posto isso, conclui-se que para que haja maior e mais efetiva proteção do consumidor em relação aos acidentes de consumo, imperioso que se respeite o rol taxativo das cláusulas excludentes de responsabilidade do fornecedor, aplicando somente as que nele estiverem expressamente informadas.

## 2.3 Do Direito de Danos

Como se pôde notar, o Código de Defesa do Consumidor afastou a necessidade de comprovação de culpa do fornecedor, por parte do consumidor, exonerando assim a vítima de dano dessa tarefa difícil de ser cumprida, que no mais das vezes acabava por impedir que houvesse a indenização ou compensação pelo dano experimentado.

Contudo, essa visão antes inovadora – lembre-se que inserta no ordenamento pátrio há mais de vinte anos, já mostra sinais de defasagem, onde claramente direitos não são alcançados por dificuldades impostas pela lei.

Vista a teoria tradicional, mister que se aponte um novo caminho, um novo olhar para as relações jurídicas, em especial para as relações de consumo.

A responsabilidade civil tradicional, baseada na culpa, há muito deixou de ser suficiente para a efetiva reparação dos danos, já que fixa a atenção na conduta do agente causador. A exemplo do critério objetivo de valoração da responsabilidade inserta no CDC é necessário que se observe *o dano em si*.<sup>243</sup>

E o porque disso é muito claro: a reparação tem de ocorrer em razão das consequências advindas dos danos e pela essência do interesse lesado, não mais pela reprovação da conduta do agente<sup>244</sup>. Se a finalidade da responsabilidade civil é a reparação

---

<sup>243</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30. Mar. 2012.

<sup>244</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 mar. 2012.

para as vítimas, nada mais natural que o foco seja direcionado a esses personagens: o que interessa tutelar é o direito que lhes fora subtraído.

A proposta que ora se faz é a do *direito de danos*, e não mais a da responsabilidade civil tradicional.

Na lição de Pablo Malheiros da Cunha Frota e de Lucas Abreu Barroso, e como defendido no início do capítulo, a ideia que hoje vigora é a da *reparação integral dos danos* tendo de ser ela a mais completa possível, colocando em primeiro plano o dano sofrido pela vítima, o interesse do ofendido, pois o personagem que realmente merece destaque na relação é *aquele que sofreu as consequências do dano*, o sujeito que fora lesado em seus direitos<sup>245</sup>.

Frota e Barroso esclarecem que o direito de danos tem por intenção alterar o horizonte do intérprete ao modificar o contexto de investigação, transferindo a atenção da conduta do lesante para o dano, pois que predomina o entendimento “*in dubio pro vítima*”<sup>246</sup>.

O *direito de danos* pretende uma modificação profunda no campo da responsabilidade e tem como diretrizes as a seguir delineadas.

O interesse maior deste instituto fixa-se na ampliação do número de pessoas protegidas (vítimas e terceiros atingidos), de danos passíveis de reparação, “da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa”<sup>247</sup>, da extinção da relevância da concorrência de culpas e da relativização do que se compreende por causalidade.

---

<sup>245</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 mar 2012.

<sup>246</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 mar 2012.

<sup>247</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

E por “relativização do nexo causal”<sup>248</sup> o que se intenta é a *presunção de causalidade*, entendida por Maria Celina Bodin Moraes, segundo os autores, como a pressuposição de ocorrência do dano. Não mais importando a convicção absoluta quanto ao vínculo causal para que seja estabelecido o dever de reparar, uma vez que a prova indubitável deste nexo de causalidade torna-se muitas vezes terrível, impossível<sup>249</sup>.

A sistemática deixa de ser a tradicional de causação *fática* dos danos e passa a ser a de causação *jurídica*. E o que se entende por isso é que passa a ser irrelevante que o responsável seja partícipe da relação que causou o dano, porque o que realmente interessa é a conexão de *direito* com a vítima do dano, com o próprio dano ou com o evento danoso<sup>250</sup>.

Neste mesmo sentido, mas defendendo a subsistência do termo “nexo de causalidade”, Roberto Altheim defende ter sido conferido a ele nova roupagem. Repetindo, a causalidade agora não mais é estabelecida entre causador e dano, mas entre o *direito violado* (consubstanciado no nexo de imputação) e o dano injusto a que fora submetida a vítima<sup>251</sup>.

Por outro lado, essa teoria intenta reforçar a responsabilização pelos danos através da possibilidade de conceder reparações outras que não apenas pecuniárias, possibilitando também aos lesados receber reparações desvinculadas da noção patrimonial “como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura*”<sup>252</sup>.

<sup>248</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>249</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>250</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>251</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 147

<sup>252</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

Cuida o instituto de estimular dois princípios de suma importância, o princípio da *precaução* e o da *prevenção*, especialmente quando analisados sob a perspectiva da crescente socialização dos riscos e do aumento das circunstâncias danosas. E nesse sentido de prevenção de danos, pretende alterar a ideia tradicional de que sem dano não há possibilidade de reparação, concretizando o que chamam os autores de *responsabilidade sem danos*, certos que a mera potencialidade já daria ensejo ao dever de reparar<sup>253</sup>.

Ademais, pretende o Direito de Danos a densificação real e concreta dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana, especialmente no tocante aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, em especial os que mantém relação com a saúde e o meio ambiente<sup>254</sup>.

Acrescem também à lista de modificações, a proposta de incrementar

“as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental), etc”<sup>255</sup>

E tudo isso com uma finalidade especial: que a reparação seja efetiva, integral e a mais ampla possível.

Roberto Altheim afirma que com essa transformação vivida pela responsabilidade civil, que deixou em segundo plano a conduta reprovável do agente para se

<sup>253</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>254</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>255</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em < [http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf) >. Acessado em 30 de março de 2012.



preocupar com a reparação do dano injusto, reconheceu-se a necessidade de se estabelecer pressupostos mais “abertos e flexíveis”<sup>256</sup> para caracterização do dever de reparar.

O supracitado autor, em estudo sobre esses novos pressupostos de responsabilização, atencioso ao ensinamento de vários doutrinadores brasileiros e também estrangeiros<sup>257</sup>, aponta serem eles: a antijuridicidade, o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade (este revestido de nova roupagem, incutindo-lhe novo papel, também compreendido como *causação jurídica*).

A antijuridicidade consubstancia-se em toda circunstância que seja contrária a um interesse juridicamente protegido, que vá de encontro ao seu contexto de valores, tornando-se desconforme o direito<sup>258</sup>. Para se considerar, então, determinado fato como antijurídico deve ele estar em contradição com o ordenamento – não só considerado o texto da lei, mas todas as fontes de direito conhecidas, como os princípios gerais de direito, costumes...<sup>259</sup>.

Cumprir observar que na época em que foi elaborada a teoria tradicional de responsabilidade civil, a antijuridicidade estava intimamente relacionada à ilicitude – sendo antijurídicos apenas os atos intencionalmente praticados (culposos ou dolosos) de forma a transgredir determinada norma ou obrigação geral de cuidado. Hoje, contudo, a antijuridicidade significa apenas que o ato está em dissonância com o que determina o ordenamento e os interesses nele implícitos, desvinculando-se da ideia de dever infringido, ocorrendo a antijuridicidade tanto nos atos *lícitos* quanto nos ilícitos<sup>260</sup>.

Com a mudança de foco para o *dano*, este passou a ter lugar de destaque como pressuposto, chegando a dizer Altheim que os outros gravitam ao seu redor<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148.

<sup>257</sup> Citar o nome de alguns dos doutrinadores.

<sup>258</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.117.

<sup>259</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 117

<sup>260</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.118.

<sup>261</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.122

Como explicitado, o dano aqui é entendido não somente como o certo e atual<sup>262</sup>, como na doutrina tradicional, mas também o que potencialmente pode ser causado<sup>263</sup>.

Defende Roberto Altheim que o dano indenizável seja aquele que decorre de um fato ferido de antijuridicidade que atinja o patrimônio ou a dignidade da vítima, compondo lesão a bem amparado pelo ordenamento, merecendo tutela pelo direito protegido e que fora violado.<sup>264</sup>

Assim, conclui o autor, para que esteja configurada a possibilidade de indenização, basta seja verificado no caso concreto se foram violados os interesses jurídicos contidos no contexto de proteção de determinada norma jurídica<sup>265</sup>.

O terceiro pressuposto apontado por Altheim é o nexo de imputação, ou fator de atribuição, que nesse novo contexto, como dito, ocupa o papel do nexo de causalidade na teoria tradicional, indicando, com base no ordenamento, quem deverá reparar o dano e porque. Uma das diferenças que se pode apontar entre os fatores de atribuição e o antigo nexo de causalidade é que o primeiro é bem mais amplo, sendo seu rol mais aberto, não taxativo, superando a dualidade risco-culpa como bases do dever de indenizar, englobando tanto o que decorre dos textos da lei quanto o que provém dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência<sup>266</sup>.

Altheim cita como alguns dos componentes desse rol “a culpa, o dolo, a solidariedade social, a seguridade social, o risco criado, a equidade, a garantia, a tutela

---

<sup>262</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.122-123

<sup>263</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>. Acessado em 30 de março de 2012.

<sup>264</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.123

<sup>265</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.123-126

<sup>266</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170.

especial do crédito, a igualdade dos ônus públicos, o seguro, os critérios econômicos, o abuso de direito, a boa fé objetiva, entre outros”<sup>267</sup>.

Interessante notar que, como destaca o autor, muitas vezes o dever de reparar calcado nos fatores de atribuição é conferido a pessoa que nada teve a ver com a prática da conduta lesionante, constituindo esta a diferença mais marcante entre os institutos do nexo de imputação e o nexo de causalidade, pois que nesse novo contexto de responsabilização, a causalidade, e em consequência, o dever de reparar deixam de surgir do binômio conduta-dano e a passam a se concretizar entre nexo de imputação e dano<sup>268</sup>.

Defendendo a importância dessa mudança, Roberto Altheim argumenta que a nova estruturação da responsabilidade apresentada é mais adequada a solução dos conflitos, pois que “está aberta à construção de novos nexos de imputação melhor adequados a cada situação concreta”<sup>269</sup>.

É preciso que o direito acompanhe as mudanças vividas na sociedade. O entendimento que esta ora compartilha é de que a vítima não mais pode suportar os riscos das atividades postas no mercado de consumo – quem necessita fazê-lo são os próprios fornecedores que colocam os bens e serviços a sua disposição<sup>270</sup>. Diz Patrícia Ribeiro Serra Vieira que as vítimas não mais podem ser deixadas a sua própria sorte, sem que lhes seja concedida uma adequada reparação e é com esse intuito que surge o *direito de danos*<sup>271</sup>.

O direito de danos claramente melhor ampara as vítimas. O tradicional instituto da responsabilidade civil, apesar de intentar mudanças com a introdução da

---

<sup>267</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.170

<sup>268</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170.

<sup>269</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p.142

<sup>270</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>. Acessado em 30 mar 2012.

<sup>271</sup> VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

responsabilidade sem culpa, pelas dificuldades que impõe aos lesados acabou por contribuir para que houvesse uma *não reparação* dos inúmeros danos a que foram e são expostos<sup>272</sup>.

Fica demonstrada a essencialidade dessa mudança proposta pelo o direito de danos, pois que, como afirmam Pablo Malheiros da Cunha Frota e Lucas Abreu Barroso, o entendimento atual é o de superioridade do interesse do lesado, de assegurar que o direito das pessoas não seja mais ofendido – cuidando para que princípios da prevenção e da precaução recebam a atenção necessária, e que o dano que acaso ocorra seja reparado da forma mais completa possível, onde para a concretização de tudo isso, melhor resguardando os interesses daquele que sofrera o dano, o nexos causal é relativizado, diluído<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>. Acessado em 30 mar 2012.

<sup>273</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>. Acessado em 30 mar 2012.

## ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 - SP .

### 3.1 Breve resumo do ocorrido

O Recurso Especial (REsp) nº 1.164.889-SP trata de causa reparatória por danos materiais e morais ajuizada pelos pais de Júlio Maurício Zemaitis, em razão do assassinato de seu filho ocorrido durante a sessão de projeção de filme em um cinema à época explorado pelo Grupo Internacional Cinematográfico, situado nas dependências do Condomínio do *Shopping Center* Morumbi.

Na noite de 3 de novembro de 1999, Mateus da Costa Meira adentrou o Cine 5 do Morumbi *Shopping* portando uma submetralhadora calibre nove milímetros. Utilizando-se de armamento de uso privativo das forças armadas, adquirido ilegalmente, o então estudante de medicina descarregou o pente de munição de sua arma na plateia que assistia ao filme “Clube da Luta”.

Os disparos feriram sete pessoas, matando três delas – dentre estas, Júlio.

Os autores requereram fossem pagos a título de compensação por danos morais o valor de 2 (dois) mil salários mínimos e por dano material a indenização o valor correspondente à oito salários mínimos até a idade em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

O juiz Paulo Henrique Ribeiro Garcia, da 21ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo entendeu que assistia, em parte, razão aos requerentes e que verdadeiramente houve responsabilidade por parte de um dos réus: o *shopping* Morumbi. Quanto ao co-réu, Grupo Internacional Cinematográfico, entendeu o julgador que não haver legitimidade passiva de sua parte.

Fundamentou sua decisão na teoria do risco proveito presente no Código de Defesa do Consumidor, condenando o *Shopping* a pagar o valor total de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) aos pais da vítima (sendo cem mil reais para cada) pelos danos morais sofridos e a pagar pensão alimentícia no valor de três salários mínimos (1,5 salário para cada) à título de danos materiais – devendo ser paga a quantia a partir da data de falecimento de Júlio até o dia em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou até a morte dos pais, incidindo sobre os valores juros de mora e correção monetária.

Os autores e o Condomínio do *Shopping Center Morumbi* interpuseram recurso de apelação.

O apelo dos autores alegava, em resumo, legitimidade passiva do co-réu Grupo Internacional Cinematográfico, litisconsórcio necessário do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade (pelo critério objetivo) dos réus. Além disso, buscava elevação do valor da reparação e rebelava-se contra a sucumbência<sup>274</sup>.

A apelação do co-réu Condomínio do *Shopping Center Morumbi*, em síntese, alegou nulidade de sentença por cerceamento de defesa; sustentou que o crime praticado por Mateus da Costa Meira foi um fato imprevisível e inevitável, não tendo, portanto, responsabilidade pelo ocorrido e alegando ausência de nexo causal; apontou, ainda, aplicação retroativa do Código Civil de 2002 e a impossibilidade de aplicação da Teoria do Risco ao caso. Ademais, insurgiu-se contra as verbas indenizatórias e contra a sucumbência.<sup>275</sup>

O relator, ao proferir seu voto, explicitou entendimento no sentido de haver responsabilidade solidária dos co-réus, sustentada pelo Código Civil de 1916 (aplicável aos fatos, dado que ocorreram em 1999) e pelo Código de Defesa do Consumidor, trazendo à colação a Teoria do Risco da atividade empresarial, a justificar o critério objetivo de valoração da responsabilidade.

Observe-se trecho do voto do relator, que resume a sua exposição

Assim como o estabelecimento responde pelo cliente que no interior de suas dependências, sofre um acidente, por má conservação, p ex. de uma escada, também o mesmo estabelecimento responde por eventual negligência quanto às conseqüências que a utilização de equipamentos, sistemas e serviços colocados à disposição possam trazer.

No caso específico, não basta a afirmação proferida pelos requeridos que se tratou de um fato imprevisto e inevitável.

A captação do cliente se mostrava mais interessante do que uma efetiva ação de segurança preventiva, ou de pronta resposta para coibir a ação desvairada,

<sup>274</sup> Síntese extraída do Relatório do voto do relator da Apelação Cível com Revisão nº. 421.435-4/0-00, da Comarca de São Paulo, em que foram apelantes e reciprocamente apelados Juozapas Zemaitis e Outra e Condomínio do *Shopping Center Morumbi*, sendo apelado Grupo Internacional Cinematográfico Ltda..

<sup>275</sup> Síntese extraída do Relatório do voto do relator da Apelação Cível com Revisão nº. 421.435-4/0-00, da Comarca de São Paulo, em foram apelantes e reciprocamente apelados Juozapas Zemaitis e Outra e Condomínio do *Shopping Center Morumbi*, sendo apelado Grupo Internacional Cinematográfico Ltda..

é verdade. A negligência, a omissão, se mostram patentes, levando ao dever de indenizar.

Não é o caso de fato de terceiro a excluir a responsabilidade dos réus, haja vista que sua conduta culposa, por negligência, está evidenciada em sua conduta omissiva (deixar de oferecer e cuidar eficazmente da segurança) do cliente. De sua negligência é que surgiu o fato potencialmente danoso aos autores, eis que foi por sua culpa (dos réus) que terceira pessoa teve acesso ao interior do próprio *Shopping* e, mais, ao interior da sala de projeção de filmes, local em que as pessoas estão totalmente indefesas, despreocupadas e crentes que protegidas, e à mercê de quem quer que seja, sem uma atuação eficaz de segurança por parte dos réus.

Não se pode cogitar de caso fortuito ou de força maior, e sequer de fato de terceiro, como se disse, de molde a afastar a responsabilidade dos réus.

Ao final do julgamento, acordaram os desembargadores do TJSP em proferir decisão rejeitando a preliminar arguida pelo co-réu apelante (de cerceamento de defesa), dando provimento parcial ao recuso dos autores e negando provimento ao apelo do réu.

O acórdão foi proferido nos seguintes termos

Indenização - Dano material e moral - Disparos de arma de fogo no interior da sala de projeção de filmes do *Shopping* Morumbi que vitimou o filho dos autores - Cerceamento de defesa inócurrenre - Não retroação do Código Civil/2002 - Responsabilidade de ambos os réus, com base no Código Civil/1916, vigente à época do fato e também com base no Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade decorrente do risco do negócio - Negligência e omissão caracterizadas - Fato de terceiro ou caso fortuito ou de força maior não configurados de porte a excluir a responsabilidade dos réus - Indenização devida - Pensão de 1,5 salário mínimo para cada um dos autores mantida, inclusive no que diz respeito ao termo “ad quem” - Indenização por dano moral elevada para duzentos mil reais para cada um dos autores - Verba honorária devida nos termos do § 3º, do artigo 20 do C.P.C., incidindo sobre a totalidade da condenação, mais um ano das prestações vincendas da pensão - Improvido o agravo retido, dá-se provimento em parte ao apelo dos autores, improvido o do réu.

Irresignados, os co-réus Condomínio do *Shopping Center* Morumbi e Grupo Cinematográfico Internacional Ltda. interuseram Recuso Especial.

Alegou o Grupo Internacional Cinematográfico, em breve síntese, haver violação aos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, em razão da não incidência da Teoria do Risco do Negócio em relação às suas atividades, quais sejam, cinema-lojista, o que resultou em sua condenação solidária com o *Shopping*; além da violação aos arts. 159 e 1.521, III, ambos do Código Civil de 1.916, alegando não se tratar de hipótese de aplicação da Teoria do Risco da Atividade; violação aos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor,

aduzindo que o CDC não se aplica ao caso ora em análise. Colacionou, ainda, arestos para configuração de divergência jurisprudencial.

Por sua vez, o Condomínio do *Shopping Center* Morumbi, alegou negativa de vigência ao art. 332 do CPC, por cerceamento de defesa; violação ao art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil (antiga LICC, hoje denominada Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro), aduzindo que os fatos tratados nos autos processuais ocorreram aos 3 de novembro de 1999, na vigência do Código Civil de 1.916 – o qual dispunha sobre a responsabilidade civil aquiliana onde o dever de indenizar se assenta na culpa do agente; violação ao art. 159 do Código Civil de 1.916, uma vez que a tragédia teria ocorrido em decorrência de um crime imprevisível e inevitável; violação ao art.14, §3º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, sustentando que se trata de hipótese de culpa exclusiva de terceiro; violação ao art. 1.058 do Código Civil de 1.916, ao fundamento de que ocorrera na verdade caso fortuito ou de força maior. Por fim, colacionou arestos para configuração do dissenso pretoriano.

O relator do REsp 1164889, Desembargador convocado Honildo Amaral de Mello Castro, sustentou sua posição basicamente sobre a seguinte premissa: para que reste configurado o dever de indenizar, mister que estejam presentes (a) o dano; (b) a conduta ilícita do ofensor; e (c) o nexo causal entre a conduta e o dano.

Quanto ao primeiro elemento, qual seja, o dano, nada foi discutido. Reconheceu-se que lamentável o que ocorrera com o filho dos autores, apenas. Em relação ao segundo ponto o relator não reconheceu a relação de consumo existente entre os frequentadores e os *shopping centers*.

Orientou-se ainda o julgador no sentido de ser inaplicável a Teoria do Risco do Empreendimento ao caso, afastando o critério objetivo de valoração da responsabilidade, voltando os olhos para a *conduta* do agente causador do dano ao discutir a inexistência de ilicitude nos atos por ele praticados.

Ademais, sustentou que não seria possível exigir conduta diversa do *shopping center* porque não há lei que lhe obrigue a fiscalizar os clientes e os seus pertences quando da entrada do estabelecimento, e a impossibilidade dessa revista seria a causa capaz de afastar a possibilidade indenizatória pelos autores requerida. Citou os Estados Unidos



como exemplo de país onde essas condutas são mais “comuns” – qual seja, de atentados violentos em lugares públicos; e que lá também inexistia qualquer lei sobre o tema.

Aplicou ao caso dispositivo do Código Civil, no qual estão insertos o *caso fortuito* e a *força maior*, aplicando o fortuito externo como excludente do dever de reparar.

E, por fim, quanto ao nexo causal, entendeu Honildo Amaral de Mello Castro ser absolutamente essencial para a reparação e inexistente no caso.

Em seguida proferiu voto o Ministro Aldir Passarinho Júnior, alegando, em síntese, que o dever de segurança imposto ao *shopping center* não pode ser absoluto, mas sim padrão, dentro do normal. Disso, afirma que o fato ocorrido com o filho dos autores fora imprevisível e que o Risco da Atividade está apenas vinculado a acontecimentos “esperáveis”.

Além disso, sustentou o julgador que era impossível a prevenção deste tipo de acontecimento, motivo pelo qual afastou a responsabilidade civil do *shopping center* no caso. No mais, acompanhou o relator.

Por último, o Ministro Luis Felipe Salomão pronunciou-se. Inicialmente, seu voto se resume a repetir os argumentos já apresentados pelos votos anteriormente proferidos. Em seguida, argui o Ministro que a relação que se estabelece entre Cinema e *Shopping Center* não passa de locação e que não pode o locador ser responsabilizado pelos fatos ocorridos no interior dos imóveis locados.

Posteriormente, o Ministro conclui pela (a) inaplicabilidade da Teoria do Risco Empresarial ao caso, (b) pela irresponsabilidade dos réus pelo não dever legal de revista dos frequentadores do *shopping*, (c) afastabilidade do dever de vigilância, pois impossível a previsibilidade e a verificação de tudo o que ocorre no estabelecimento, e (d) aplicabilidade da excludente “fato de terceiro”.

Disso, foi proferida a seguinte ementa

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIME COMETIDO DENTRO DE CINEMA LOCALIZADO NO SHOPPING. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO. 1. "Para se chegar à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal." (Humberto Teodoro Júnior, in Dano Moral, Editora Oliveira

Mendes, 1998, p.8). 2. Assim sendo, não há como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias, do nexo de causalidade entre os tiros desferidos por Matheus e a responsabilidade do shopping, onde situava-se o cinema. 3. Rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais. 4. Recurso Especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial.

Por unanimidade, o Recurso Especial foi conhecido e provido, para, nos termos do voto do relator, negar o pedido posto na petição inicial – qual seja, de reparação pelos danos materiais e morais havidos pelos pais de vítima de disparo no cinema do *shopping center* Morumbi.

Expostos os argumentos dos julgadores, parte-se agora a análise crítica desse julgamento.

### **3.2 Análise crítica do julgamento**

De acordo o que fora estudado nessa monografia, mesmo em atenção aos critérios tradicionais do dever de reparar, não merecem prosperar os argumentos dos Ministros.

Os seguintes pontos devem e serão rebatidos: (a) o não reconhecimento da relação de consumo existente entre o *shopping center* (empreendedor e lojista) e os que foram assistir ao filme Clube da Luta; (b) a arguição que a relação estabelecida entre empreendedor e lojista resume-se a locação; (c) a premissa de que para que haja dever de reparar devem estar presentes dano, conduta ilícita e nexo causal; (d) a não aplicação da teoria do risco do empreendimento à espécie; (e) a aplicação do caso fortuito e força maior ao caso; (f) a aplicação da excludente “fato de terceiro”; (g) a irresponsabilidade dos réus por não haver lei que os obrigue a determinadas condutas (como, por exemplo, a revista aos que adentram o *shopping*); (h) a questão da vinculação da obrigação de reparar apenas quanto a acontecimentos esperáveis.

Primeiramente, em atenção aos argumentos já sustentados nesta monografia, o relator equivocou-se ao não reconhecer, ou ao menos não discutir, a relação de consumo que existe entre os que adquiriram ingressos e o cinema, além daquela existente entre os frequentadores e os *shopping centers*.

Restou configurada, conforme alegado anteriormente, a relação de consumo entre o cinema e o seu cliente, que adquiriu ingressos para utilizar-se do serviço posto no mercado pelo lojista. E induscutível também restou a relação entre os frequentadores e o *shopping center*<sup>276</sup>, pois que se utilizam, especialmente neste caso, dos serviços de segurança prestados pelo empreendimento – e mais, além de ter o consumidor se utilizado dos serviços de segurança, o *shopping* auferiu vantagens econômicas com o serviço prestado pelo cinema, participando, como já arguido anteriormente, da cadeia de fornecimento do serviço.

E é claro que em havendo tal relação, é imprescindível que se aplique o Código de Defesa do Consumidor ao caso, com todas as consequências que desta aplicação decorrem – como, por exemplo, o critério objetivo de valoração da responsabilidade.

Orientaram-se os julgadores equivocadamente no sentido de que inaplicável a teoria do risco ao caso, afastando o referido critério de valoração da responsabilidade, voltando-se os olhos para a *conduta* do agente causador do dano ao discutir a existência ou não de ilicitude nos atos por ele praticados. Atitude esta que, à exaustão, fora definida como desnecessária a configuração do dever de reparar no âmbito de uma relação de consumo.

Relembre-se que o CDC, afastado no caso, impõe ao prestador de serviços (no caso tanto o empreendedor, quanto o cinema) a responsabilidade, a garantia, de que as atividades que fornece no mercado de consumo sejam seguras e correspondam ao que legitimamente delas se espera. E que a teoria do risco proveito, aplicável ao caso, define ser o responsável pela reparação aquele que retira vantagem econômica da atividade que causou dano.

Argumentou-se ao esgotamento que ao adentrar um *shopping center*, assim como o próprio julgador menciona e confirma, o consumidor é levado a crer que seguro está, pois que a segurança constitui um dos chamarizes mais atrativos à clientela e tudo no estabelecimento leva ao sentimento de segurança.

No mesmo sentido é o entendimento explicitado pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrichi no julgamento do REsp 419.059

“Pode-se afirmar com tranquilidade que, nos dias atuais, com os altos índices de violência, a opção, ou escolha por realizar compras e até lazer em

---

<sup>276</sup> Capítulo primeiro desta monografia.

hipermercados e *shopping centers*, constitui uma das maneiras mais eficazes de se proteger dos riscos da violência urbana.

*A expectativa nutrida nos consumidores deriva, portanto, do senso comum e da própria publicidade feita pelos hipermercados e shoppings centers, aqui incluído o aparato de segurança existente nestes estabelecimentos e visíveis aos consumidores que, a partir dele, formam um juízo de plena segurança.*

Evidente que na atividade precípua do hipermercado não se fornece, como ato de comércio, serviço de segurança aos consumidores. *A segurança constitui um atrativo a mais que o fornecedor agrega aos seus serviços, de forma a angariar e ampliar clientela para o seu estabelecimento.*”

O segundo a prolatar seu voto foi o Ministro Aldir Passarinho Júnior, alegando que o dever de segurança imposto ao *shopping center* não pode ser absoluto, mas sim o padrão, dentro do normal e que o risco da atividade comporta e se vincula apenas a “acontecimentos esperáveis” e atrelados a sua atividade, nos quais não se enquadraria o fato ocorrido com o filho dos autores, que no seu compreender, fora imprevisível.

Este argumento não merece prosperar. Não somente os “danos esperáveis” devem ser reparados, mas todos a que forem expostas as vítimas. Além disso, o serviço de segurança integra o conjunto de serviços prestados pelo empreendimento, estando, portanto, intimamente atrelado a sua atividade. Nesse sentido e contrariamente ao que fora argumentado pelo Ministro, pode-se citar a seguinte ementa

“Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. *Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio.* Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. - *A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas.- Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão arma[da] ou qualquer outro meio irresistível de violência. [...]*”<sup>277</sup>

<sup>277</sup> STJ. REsp 419059. 3 T, Rel. Nancy Andrighi, DJ 29/11/2004, p. 315.

A Ministra relatora do caso supracitado reforça o argumento do Ministro Passarinho ao informar que “o causador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta”. *Mas destaca que isso não obsta a aplicabilidade da teoria do risco, pois que, no caso concreto, além da mercancia, prestou-se o serviço de segurança, principal elemento caracterizador da empresa exercida pelos shopping e hipermercados*<sup>278</sup>.

Além disso, quanto à ausência de nexo causal suscitada pelos réus e acatada pelos julgadores do REsp 1.164.889 necessário que se apresente o contraponto, baseado ainda na teoria tradicional de responsabilização, da Ministra Nancy Andrighi, em julgamento diverso (assalto à mão armada com tentativa de estupro e seguido de morte ocorrido no estacionamento de *shopping center*/supermercado), em que conclui que é evidente a relação de causalidade entre a existência de falha no serviço de segurança, o negócio desenvolvido pelos *shopping* e os danos pelos consumidores experimentados, afastando qualquer possibilidade de alegação de ausência de nexo de causalidade<sup>279</sup>.

Difícil que se compreenda a posição totalmente divergente em ambos os casos. Tão “imprevisível” – somente para usar o mesmo termo; quanto o fato ocorrido no Cinema do *Shopping Morumbi* é o que fora sofrido pela vítima no caso acima evidenciado. É de se questionar: qual fora o elemento de distinção para que se aplicasse a fatos tão semelhantes decisões tão opostas?

Há que se lembrar, outrossim, que alegar que não há ilicitude na conduta do *shopping center* não mais elide o dever de reparar. Não só dos atos ilícitos decorre esse dever, mas também os atos lícitos, que gerem danos, podem ensejar reparação<sup>280</sup>.

Sustenta o relator a irresponsabilidade dos réus, pois que não seria possível exigir conduta diversa deles *em razão de não haver lei que lhes obrigasse a fiscalizar os clientes e seus pertences quando da entrada do estabelecimento*, e a impossibilidade dessa revista seria a causa capaz de afastar a possibilidade indenizatória pelos autores requerida.

---

<sup>278</sup> STJ. REsp 419059. 3 T, Rel. Nancy Andrighi, DJ 29/11/2004, p. 315.

<sup>279</sup> STJ. REsp 419059. 3 T, Rel. Nancy Andrighi, DJ 29/11/2004, p. 315.

<sup>280</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>. Acessado em 30 mar 2012.

Cita como fundamento desta premissa a inexistência de lei a respeito também nos Estados Unidos – país onde supostamente essas condutas (atentados violentos em lugares públicos) seriam mais “comuns”. De toda infeliz é essa argumentação.

Não só da lei devem partir as orientações para as condutas a serem adotadas. Não é plausível que se afaste a responsabilidade por não haver lei que o obrigue a tal conduta, mormente quando se considera haver uma relação de consumo, onde a obrigação de garantir a segurança dos consumidores é regra primordial e perfeitamente aplicável caso. Ademais, o modelo norte-americano em muito difere do brasileiro – especialmente porque naquele a principal fonte de direitos e deveres não é a lei, mas sim a jurisprudência – claro motivo de não existir lei sobre o tema.

A respeito, Roberto Altheim informa que à época de sua criação, a teoria tradicional de responsabilidade civil (utilizada pelos julgadores no presente caso) estava em completa consonância com o entendimento daquele tempo, onde acreditava-se que sem um ato de vontade contrário ao direito impossível era o surgimento do dever de indenizar. Ou seja, se não houvesse violação de um dever legal não era admitida a imputação do dever de reparar<sup>281</sup>.

Ocorre que, como já discorreu-se anteriormente, esse sistema desde há muito já não satisfaz os anseios da sociedade, que hoje encontra-se num momento completamente diferente. Não mais da segurança, mas do risco.

Roberto Altheim afirma

“O dever de reparar o dano não surge mais somente quando este foi causado dolosa ou culposamente, ou seja, após uma manifestação de vontade emanada da razão contra um dever jurídico. *Muitas vezes o dever de indenizar é imputado a alguém que não manifestou vontade contra a lei, que não praticou ato ilícito.* O direito invade os limites dentro dos quais havia a prentenciosa segurança para impor a responsabilidade civil para alguém que nunca agiu em desacordo com as normas jurídicas”<sup>282</sup>.

O caminho traçado pela evolução deste instituto demonstra que a responsabilidade objetiva (critério ao caso aplicável), que não decorre da conduta específica

<sup>281</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 167

<sup>282</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55

de determinada pessoa, mas do dever legal de reparar que lhe é imposto, deve cada vez mais ganhar espaço.

Equívocou-se, pelo entendimento aqui exarado, o ilustre ministro. Primeiramente por haver o dever geral de segurança imposto pelo CDC, legislação perfeitamente aplicável à hipótese, e depois pelos novos direcionamentos do dever de reparar, que não surgem somente da transgressão de determinada lei específica.

Aplicou-se também ao caso dispositivo do Código Civil incompatível com o CDC, no qual estão insertos o *caso fortuito* e a *força maior* como excludentes. O CDC, como defendido anteriormente, é norma específica que regula o tema dos acidentes de consumo com excludentes taxativas, dentre as quais não estão inclusas as mencionadas no julgado, não podendo, portanto, numa relação de consumo serem consideradas excludentes aceitáveis.

Ainda outra excludente fora impropriamente aplicada ao caso: “fato de terceiro”. Ora, como discutido, em havendo qualquer contribuição do fornecedor de serviços para a configuração do dano, conformada está a concorrência de culpas, incapaz de elidir o dever de indenizar o fornecedor, pois que para tal a conduta do terceiro deveria ser a *única* e exclusiva causa para a existência do dano.

O último ponto que resta discutir é o argumento do Ministro Luis Felipe Salomão. Afirma o julgador que a relação estabelecida entre Cinema e *Shopping Center* não passa de mera locação e que não pode o locador ser responsabilizado pelos fatos ocorridos no interior dos imóveis locados.

Como argumentado anteriormente, no primeiro capítulo desta pesquisa, tal entendimento não deve prosperar. A relação estabelecida entre os dois fornecedores é bem mais complexa e abrangente, claramente não se limitando apenas ao contrato de locação, constituindo, na verdade, grande inovação na forma de contratar. Rememorando as lições do professor Langoni explicitadas por Rubens Requião<sup>283</sup>,

“ao adotarem um esquema totalmente diverso do convencional de remuneração de investimentos (aqueles com base na venda de imóveis ou aluguel pura e simplesmente), estabelecendo uma relação direta entre sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades que ali irão se desenvolver,

---

<sup>283</sup> REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (shopping centers) no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 795 e ss, dez/2010. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>. Acessado em: 02 abr. 2012.

criou-se uma otimização do marketing em nível nunca antes imaginado, permitindo a exploração mais eficiente possível do mercado potencial”<sup>284</sup>

Conclui-se com a argumentação supra que equivocaram-se os ínclitos julgadores quando do julgamento do presente caso.

### **3.3 Da proposta de julgamento com base nas lições do Direito de Danos**

O Direito de Danos, como tem se preferido chamar essa nova perspectiva de responsabilidade civil, afasta alguns dos requisitos da teoria tradicional e impõe outros para que seja imputado a alguém o dever de reparar.

Os novos requisitos que se apontam são a antijuridicidade, o dano injusto (potencial ou real), o nexo de imputação e o nexo de causalidade – que recebe conotação diversa da tradicional. Por já terem sido elucidados no capítulo anterior, dispensa-se novamente explicá-los pormenorizadamente.

Ao alterar o horizonte do intérprete, distanciando-se da teoria tradicional e aproximando-se dessa nova ideia seria possível proferir julgamento diverso do que fora prolatado, pois que o que realmente interessa contemporaneamente é a reparação dos prejuízos sofridos pelas vítimas e não mais a preocupação com a punição à conduta ilícita.

Tendo isso em mente, apresenta-se nova proposta de decisão para o caso analisado, agora balizado nos pressupostos contemporâneos do dever de indenizar, que se expõe a seguir.

Como visto, a antijuridicidade é entendida como aquela situação contrária à direção legalmente imposta. Toda situação que foge deste padrão, violando um interesse juridicamente tutelado em seu contexto de valores é oposto e desconforme o direito. Então, o fato de um prestador de serviços fornecê-lo sem atentar as normas a ele impostas, por exemplo, traduz-se numa situação antijurídica.

Ocorre que somente por isso não se pode dizer que deve haver responsabilidade. Para que esta seja configurada hão de estar presentes os demais pressupostos relatados<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Capítulo primeiro desta monografia.



Analisando-se o componente principal desta nova teoria, qual seja, o dano injusto – que consiste lesão a um bem juridicamente tutelado, inegável que presente na hipótese que ora se discute<sup>286</sup>. Os danos extramateriais e materiais a que foram expostos os pais da vítima são claríssimos.

Para que sejam notados quais os danos, como argumentado, que merecem reparação é necessário que se vislumbre os valores e os interesses da norma jurídica que se invoca<sup>287</sup>, qual seja, do Código de Defesa do Consumidor.

Foi exposto no segundo capítulo desta monografia que o intento maior do CDC é a garantia de que os vulneráveis sejam protegidos dos danos a que possam ser expostos, impondo, por um lado, condutas preventivas e, por outro, punitivas.

Dentre as garantias dispostas no CDC, existe a de que o fornecedor de serviços deve prestá-lo preocupando-se mormente com a incolumidade psicofísica de seus consumidores, zelando sempre pela sua segurança e saúde.

Ora, evidente que Júlio Zemaitis fora vítima de uma conduta contrária ao que se espera de um fornecedor, especialmente quando se considera quais eram os fornecedores do serviço de que se utilizou. Argumentou-se que o complexo chamado *shopping center* (que compreende lojistas e empreendedores) utiliza-se do serviço de segurança que presta como principal chamariz de clientela e, mormente por fazê-lo, é considerado fornecedor e deve ser responsabilizado como tal. Tendo ocorrido o ato violento causador da morte de Júlio dentro de local onde se deveria zelar pela incolumidade psicofísica de seus clientes, resta claro que o dano sofrido fora injusto.

Bem, mas para que seja concretizado o dever de indenizar, mister que também esteja presente o nexo de imputação (ou os fatores de atribuição), que não são taxativos, mas “abertos”, amplos<sup>288</sup>. Como já destacado, passou a ser tarefa dele a

---

<sup>285</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 117

<sup>286</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122

<sup>287</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 124

<sup>288</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170

determinação daquele que deverá reparar o dano, tomando o espaço antes exercido pelo nexo de causalidade na teoria tradicional<sup>289</sup>.

Dentre os fatores que podem ser atribuídos ao caso em destaque, pode-se ressaltar, de acordo com Roberto Altheim, que está inserido o decorrente do risco da empresa, que significa que

“quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive danos causados por empregados e prepostos”<sup>290</sup>.

O fator de atribuição de responsabilidade aqui decorre tanto do fato de o empresário favorecer-se do benefício “monetário” pelos danos a que se deu causa, quanto pela superioridade do empresário frente ao seu cliente<sup>291</sup>.

Vislumbra-se que as relações de consumo, assim como assegura Roberto Altheim, são fortemente influenciadas por este nexo de imputação, dado que o direito consumerista tem como um dos objetivos principais impor ao fornecedor o suporte dos riscos que da sua atividade resultam – ou seja, devem recair sobre eles a obrigação de arcar com os ônus de sua atividade decorrentes<sup>292</sup>.

Outro nexo de imputação está presente no caso ora discutido. Defendendo o posicionamento de Roberto Vazques Ferreyra, Altheim afirma que critérios econômicos igualmente podem ser empregados como fatores objetivos de imputação de responsabilidade do fornecedor: “se forem considerados no sentido de impor a obrigação ressarcitória a quem resulte menos gravosa ou que esteja em melhores condições de redistribuir o prejuízo”<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 144.

<sup>290</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 135

<sup>291</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 135.

<sup>292</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 137

<sup>293</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 138

Ademais, o rompimento da confiança estimulada no sujeito lesado define o dever de reparar o dano ainda que nada de ilícito esteja presente na conduta do responsável<sup>294</sup>. Ressalte-se que a confiança aqui rompida fora a de que seguro estava o consumidor quando utilizando-se dos serviços de segurança e entretenimento pelos fornecedores oferecido.

Observados esses três diferentes nexos de imputação aplicáveis ao caso está materializado, portanto, mais um dos pressupostos de responsabilização.

Resta que se observe o último deles, o nexo de causalidade – que nessa perspectiva, como já defendido, serve apenas para balizar o objeto da devida indenização pela pessoa responsabilizada e não mais como outrora aplicado, não se prestando mais a apontar quem seria o responsável pela indenização<sup>295</sup>.

O nexo de causalidade aqui imposto, então, é aquele entre o dano injusto sofrido pela vítima e o nexo de imputação – sendo ele critério de confirmação dos atos ou atividades ao dano conexas. Isto é, se o dano injusto a que fora submetida a vítima mantiver causalidade com o que tutela a norma jurídica, ou com a circunstância pela qual o ordenamento determina que tal situação mereça indenização, a responsabilidade civil estará configurada.<sup>296</sup>

Roberto Altheim justifica essa posição afirmando

“Isto explica porque se exige o nexo causal mesmo para as situações de responsabilização objetiva sem que existe nenhuma conduta danosa praticada por aquele que foi chamado a indenizar, pois o nexo não se dá entre uma conduta do responsabilizado e o dano, mas sim entre fator de atribuição e dano.”<sup>297</sup>

Reunindo, então, os pressupostos apresentados, claro é o dever de indenizar do *shopping center* (cinema e empreendedores) no presente caso.

---

<sup>294</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 140

<sup>295</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 143.

<sup>296</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 143

<sup>297</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145

Ora, o descuido do fornecedor em relação a incolumidade psicofísica de seus consumidores restou configurado, consubstanciando-se em antijuridicidade, pressuposto primeiro ao dever de indenizar na perspectiva do direito de danos.

Depois, o dano a que foram expostos os autores (em virtude do dano sofrido pelo filho) fora injusto, dado que constituiu lesão a bens juridicamente tutelados – o bem da vida, o da incolumidade psicofísica dos consumidores...

Expostos também foram os nexos de imputação aplicáveis ao caso – o risco decorrente do exercício de atividade empresária, os critérios econômicos que mostram que o fornecedor tem mais capacidade de arcar com os prejuízos que suas vítimas e a violação da confiança do consumidor, que crente que seguro estava nas instalações do *shopping*.

Acrescente-se a isso que todos esses fatores de imputação mantêm relação direta com o dano injusto sofrido pelos autores, consubstanciando-se assim o nexo de causalidade necessário à configuração do dever de reparar.

Conclui-se ante a argumentação apresentada, portanto, que, diferentemente do que decidiu o STJ, os pais da vítima deveriam ser amplamente e integralmente reparados nos danos injustos a que foram expostos.

## CONCLUSÃO

O primeiro capítulo desta monografia teve como objetivo principal elucidar algumas das características básicas dos *shopping centers* e estudar as relações estabelecidas entre lojistas e empreendedores de *shopping centers* e as que se estabelecem entre eles e os seus frequentadores.

Destacou-se inicialmente que, nas sociedades que adotaram o sistema capitalista, o comércio busca sempre a facilitação da aquisição de bens e serviços, visando maior ganho econômico e que fora nessa realidade que nasceram os *shopping centers*.

Eles significaram verdadeira revolução na área do marketing e também da remuneração de investimentos – pois que, diferentemente do esquema tradicional, estabelecem entre empreendedor e lojista uma íntima relação entre o faturamento desse e daquele, ensejando uma permanente integração entre os dois pólos. Ademais, são compreendidos como (a) grandes centros de entretenimento, que tem suas atividades direcionadas a captação de clientela – em especial através de diferenciais oferecidos, tais como segurança, estacionamento facilitado, horário de funcionamento dilatado, lazer, comodidade, praticidade; (b) compostos de grande diversidade de lojas e ramos de comércio organizados por técnica denominada *tenant mix* – proporcionadora de concorrência benéfica aos que ali estão instalados e aos consumidores, pois que tem acesso à diversas opções e podem verificar a variação de preços sem muitos esforços; (c) empreendimentos onde o empreendedor tem participação direta nos lucros auferidos pelos lojistas que ali se encontram, afora o contrato de locação, que via de regra, neles se estabelecem;

Destacou-se que tudo o que está presente nos *shopping centers* é motivado e não por acaso estão sendo oferecidos os benefícios – nada é oferecido por mera cortesia, mas com intuito de atrair sempre mais compradores.

Partiu-se a análise do que poderia ser considerado uma relação de consumo, destacando-se inicialmente quais seriam seus elementos vitais. Chegou-se a conclusão de que eles são seis: sujeitos, objeto, causa, vínculo jurídico, função e mercado de consumo.

Exposta essa breve análise dos elementos, examinou-se à minúcia os sujeitos da relação, com o intuito de verificar se cabível a aplicação deles aos empreendedores, lojistas e frequentadores de *shopping centers*.

Analisou-se primeiramente o sujeito consumidor, suas características principais – consubstanciadas na vulnerabilidade e/ou hipossuficiência, suas classificações (o consumidor *strictu sensu* – art. 2º do CDC, e sujeitos equiparados a consumidor – parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29 do CDC) e as teorias que se formaram a respeito do termo “destinatário final”.

Das teorias analisadas, concluiu-se que a que melhor descreve a intenção do CDC é a *teoria conglobante*, onde o aspecto primordial a ser analisado é a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Descarta-se, portanto, para essa teoria, a relevância dada por outras ao aporte econômico ou a profissionalidade do sujeito que consome, voltando os olhos para o caso concreto, analisando se de fato há qualquer tipo de vulnerabilidade naquele sujeito. Os únicos obstáculos opostos são (a) que não seja esse bem ou serviço adquirido para integrar a produção da atividade do consumidor, (b) que seja descumprida a função socioambiental do contrato, ou (c) que não haja vulnerabilidade entre as partes.

Disso, entendeu-se claramente possível enquadrar como consumidoras as pessoas que adentram os *shopping* e adquirem bens ou utilizam-se de serviços ali dispostos, especialmente o de segurança: estão presentes todos os *elementos* apontados para a configuração da relação de consumo, a vulnerabilidade daquele que consome frente aos que lhe fornecem os bens ou serviços e, em especial, cumprem o requisito de haver fornecedor frente a consumidor.

Ademais, também as outras espécies de consumidor (ou melhor dizendo, os sujeitos a ele equiparados) podem estabelecer relação com o empreendedor e os lojistas: (a) os frequentadores, se não compreendidos como aqueles que utilizam, por exemplo, do serviço de segurança, podem ser classificados como consumidores equiparados pela simples potencialidade de consumir; (b) aqueles que sofreram acidentes de consumo, tal como uma queda por defeito na escada rolante; e (c) aqueles que foram submetidos a práticas comerciais abusivas pelo empreendedor ou pelo lojista executadas.

Superada essa discussão, analisou-se o outro pólo da relação: o fornecedor de bens ou serviços. Destacados os pontos relevantes a respeito do termo, se pôde concluir que fornecedor é todo aquele que oferece ao mercado bens e serviços, integrando o ciclo de produção deles – ou ao menos alguma etapa, com certa habitualidade, com profissionalidade, visando ao lucro.

Para melhor elucidação do caso foi definido também o conceito de serviço como sendo a atividade prestada pelo fornecedor no mercado de consumo. Discutiu-se também a necessidade da contraprestação imposta pela lei, e concluiu-se que é desnecessário que haja um pagamento direto ao fornecedor, bastando que ele perceba de alguma forma, mesmo que indireta, alguma remuneração para configuração da relação de consumo.

Para perfeita elucidação da hipótese, citou-se como exemplo o estacionamento aparentemente gratuito que oferecem os *shopping centers* e supermercados, pois que não se tratam de mera cortesia e sim serviço que visa maior atração de clientela.

E com essa argumentação pode-se ir além. Se configurada restou a relação de consumo com relação ao estacionamento por tratar-se de serviço, logicamente ao serviço de segurança prestado aos consumidores não seria diferente.

Depois de esclarecida a relação com o empreendedor, analisou-se aquela estabelecida com o cinema e concluiu-se pela existência de relação de consumo, pois que o cinema se enquadra perfeitamente no conceito de fornecedor e consumidor, o lojista e aquele que adquiriu ingressos para usar do serviço de entretenimento oferecido.

Depois de definidas as relações existentes, partiu-se a análise da forma de responsabilização civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Observou-se que este utiliza-se do critério objetivo de responsabilização, descartando a análise de culpa quando do estudo do caso concreto. Ademais, ressaltou-se que adotou o CDC a teoria do risco proveito, que define que quem auferir lucros com determinada atividade danosa deve responsabilizar-se pelos danos que dela decorrerem.

A seguir, discutiu-se a questão do fato do serviço – também chamado acidente de consumo. E concluiu-se que o legislador definiu que o fornecedor de serviços deverá ser responsabilizado todas as vezes que seus serviços causarem danos ao consumidor. Como dito, essa responsabilidade independente de culpa.

Discutiram-se as hipóteses de exclusão do dever de reparar, consubstanciadas em responsabilidade exclusiva do consumidor ou de terceiro e concluiu-se que nenhuma das hipóteses se moldam ao caso concreto do REsp 1.164.889/SP. Afastou-se também a questão da aplicabilidade do caso fortuito e da força maior ao caso, pois que

inexistentes no CDC e incompatíveis com os seus princípios e com o critério de responsabilização nele inserto.

Apresentou-se, então, nova perspectiva para a caracterização do dever de reparar, consubstanciada na teoria que ora se denomina *direito de danos*, que prega que o foco tem que estar no dano sofrido pela vítima e não mais na conduta do ofensor. Além disso, define novos critérios de caracterização do dever de reparar, sendo os novos pressupostos:

Tomando por base o que foi discutido nesta pesquisa, passou-se a análise da decisão proferida. Depois de anotados todos os pontos principais e discutidos cada um deles, concluiu-se pelo equívoco dos julgadores, pois que não aplicaram à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, afastando a possibilidade de efetiva reparação aos autores lesados. Isto porque tiveram mais dificuldades de provar o nexo de causalidade existente no caso, além de ter que provar a culpa do *shopping center*.

Apresentadas as críticas à decisão foi feita proposta de novo julgamento, utilizando agora não mais a responsabilidade civil tradicional e seus pressupostos, mas o *direito de danos* e seus requisitos para o dever de indenizar.

Por tudo que fora analisado, foi possível concluir que o direito de danos é perfeitamente aplicável à realidade brasileira e que melhor ampara as vítimas, pois que retira o olhar do causador do dano e o transfere para aquele que teve seu direito não observado, além de descartar alguns dos pressupostos da responsabilidade civil tradicional, em especial o nexo causal – que nesta nova perspectiva estabelece-se entre o direito e a vítima que sofreu o dano, ou entre o direito e o dano em si e não mais entre a conduta e o dano.



## REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

BASÍLIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BELMONTE, Alexandre de S. Agra. *Natureza Jurídica dos Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Lumens, 1989.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Defesa do Consumidor*. 2 tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004,

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A pessoa jurídica consumidora – duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor*. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores.

CORREA, Francisco Carvalho. O consumidor e a responsabilidade civil pelo fato e vício do produto e do serviço. *Revista Jurídica da FAMINAS*, vol. 4, n. 2, p. 57-68, ago/dez 2008.

CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 29, p. 29 e ss., jan/1999. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>

DIAS, José Luiz Pires de Oliveira; PRADO, Patrícia Pontes Passarelli. A responsabilidade civil objetiva no código de defesa do consumidor: um outro ponto de vista. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo [IASP]*, vol. 12, n. 24, p. 162-170, jul. / dez. 2009, p. 163.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Anotações sobre a responsabilidade civil por furto de automóveis em “shopping centers”. *Revista dos Tribunais*, vol. 651, p. 235 e ss., jan/1990. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Responsabilidade civil dos *shopping centers* por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação. *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p. 69 e ss. Jan/2005. Disponível em <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 99-114, 2010. Disponível em <[http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7\\_img\\_20111103161712.pdf](http://www.lourencoesouza.com.br/site/upload/7_img_20111103161712.pdf)>

FURTADO, Jorge Pinto. *Os centros comerciais e o seu regime jurídico*. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1988.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 ed. 9 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. Traços do Perfil Jurídico de um Shopping Center. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 765 e ss, dez/2010

GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojista e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GRINBERG, Rosana. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. *Revista de direito*

*do consumidor*, vol. 35, p. 114 e ss., jul/2000

GRINOVER, Ada Pelegrini... [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, coordenadora. *Direito e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KARPAT, Ladislau. *Shopping centers: manual jurídico*. São Paulo: Hemus, 1993.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOBO, Ana Lúcia Silva Cardoso Arrochela. *Ação civil pública - vício - segurança - produto/serviço - vazamento de gás explosão em shopping center - reparação dos danos morais e/ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas do acidente (fundamento nas teorias da responsabilidade objetiva do cdc e civilistas - art. 1.528, cc) e à desconsideração da personalidade jurídica*. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 21, p. 195, Jan/1997, DTR 2011/3911. Disponível em <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 68, jan/2000. Acessado em 27/04/2012 por meio digital. Disponibilizado pela Revista dos Tribunais Online <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping centers – organização econômica e disciplina jurídica. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 5, p. 611 e ss., jun/2011. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>.

PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando Albino de, coordenadores. *Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (shopping centers) no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, p. 795 e ss, dez/2010. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Causas e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 8, p. 53, Out/2001. Acessado em 02/04/2012 por meio digital. Disponibilizado pela Revista dos Tribunais Online <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>

SIQUEIRA FILHO, Miguel Batista de. A evolução da responsabilidade civil do fabricante por acidente de consumo. *Ciência Jurídica*, vol.15, n.97, p. 11-20, jan/fev 2001.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13, p. 12 e ss., jan/1995. Disponível em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, vol. 9, n. 11, jan/dez 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WILLAT, Maria Alexandra. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. Revista Jurídica [CESUT], vol. 4, n. 6, p. 125-160, jul/dez 2003.

### **Sites acessados:**

<http://www.iguatemisp.com.br/quem-somos/grupo-iguatemi.shtm>

<http://www.portaldoshopping.com.br/sobreaabrasce.asp?codAreaMae=1&codArea=2&codConteudo=1>

### **Notas de aula:**

Notas de aula da Matéria de Direito do Consumidor, ministrada em 14/03/2011 pelo professor José Galvão no UniCEUB

### **Jurisprudência:**

STJ. REsp 419059. 3 T, Rel. Nancy Andrigli, DJ 29/11/2004, p. 315

STJ. REsp 35021, 3 T., Rel. Nilson Naves, DJ 13/09/1993, p. 18560

STJ. REsp 45455, 3 T, Rel. Costa Leite, DJ 09/05/1994 p. 10871

STJ. REsp 273.279

STJ. Enunciado de Súmula 37. 2 Seção, DJ 04/04/1995, p. 8294

STJ. Enunciado de súmula. Corte Especial. DJ 17/03/1992, p. 3172

RELATOR	:	MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)
RECORRENTE	:	CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI
ADVOGADOS	:	GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S) HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO
ADVOGADO	:	ALVARO BENEDITO DE OLIVEIRA

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIME COMETIDO DENTRO DE CINEMA LOCALIZADO NO SHOPPING. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO.

- ## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS, pela parte RECORRENTE: CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI

Brasília (DF), 04 de maio de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)

Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 - SP (2007/0243660-0)**

**RELATOR : MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)**  
**RECORRENTE : CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI**  
**ADVOGADO : HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO : JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO**  
**ADVOGADO : ÁLVARO BENEDITO DE OLIVEIRA**

#### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):**

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO, contra CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI, em que buscam o pagamento de indenizações por danos morais e materiais em face do assassinato de seu filho, ocorrido durante a sessão de projeção do filme "Clube da Luta", no cinema 5, na época explorado pelo co-réu, Grupo Internacional Cinematográfico, situado nas dependências do ora recorrente.

O douto magistrado de primeiro grau, às fls. 325/334, **julgou improcedente o pedido de reparação contra o co-réu GRUPO INTERNACIONAL CINEMATOGRAFICO LTDA e, procedentes, em parte, os pedidos formulados contra o CONDOMÍNIO DO SHOPPING MORUMBI**, condenando-o ao pagamento das seguintes verbas: pensão alimentícia mensal no valor de um salário mínimo e meio para cada um dos autores, desde a data do óbito de Júlio Maurício Zemaitis até a data em que ele completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou o falecimento dos autores, o que vier ocorrer antes, com extinção da parte da pensão daquele que vier a falecer primeiro, incidindo juros moratórios e correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela, bem como ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada autor, totalizando R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios desde o óbito, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos desde a propositura da ação.

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação. A E. Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **negou provimento ao**

agravo retido, rejeitou a preliminar, deu provimento parcial ao recurso dos autores e negou provimento à apelação do réu, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

*"Indenização - Dano material e moral - Disparos de arma de fogo no interior da sala de projeção de filmes do Shopping Morumbi que vitimou o filho dos autores - Cerceamento de defesa inócua - Não retroação do Código Civil/2002 - Responsabilidade de ambos os réus, com base no Código Civil/1916, vigente à época do fato e também com base no Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade decorrente do risco do negócio - Negligência e omissão caracterizadas - Fato de terceiro ou caso fortuito ou de força maior não configurados de porte a excluir a responsabilidade dos réus - Indenização devida - Pensão de 1,5 salário mínimo para cada um dos autores mantida, inclusive no que diz respeito ao termo "ad quem" - Indenização por dano moral elevada para duzentos mil reais para cada um dos autores - Verba honorária devida nos termos do § 3º, do artigo 20 do C.P.C., incidindo sobre a totalidade da condenação, mais um ano das prestações vincendas da pensão - Improvido o agravo retido, dá-se provimento em parte ao apelo dos autores, improvido do réu." (fl. 457).*

Os réus opuseram embargos de declaração (fls. 479/486 e 484/496, respectivamente), que restaram rejeitados, nos termos do acórdão às fls. 503/507.

Inconformado, **GRUPO INTERNACIONAL CINEMATOGRAFICO LTDA** interpôs Recurso Especial (fls. 513/556), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, alegando, em suas razões, e em síntese, violação aos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, em razão da não incidência da Teoria do Risco do Negócio em relação às suas atividades, quais sejam, cinema-lojista, o que resultou em sua condenação solidária com o Shopping; violação aos arts. 159 e 1.521, III, ambos do Código Civil de 1.916, por não se tratar de hipótese de aplicação da Teoria do Risco da Atividade; violação aos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo que o CDC não se aplica ao caso ora em análise.

Colaciona arestos para configuração de divergência jurisprudencial.

Por sua vez, também irredimido, o **CONDOMÍNIO DO SHOPPING MORUMBI** interpôs Recurso Especial - fls. 610/639, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, alegando, em suas razões, e em síntese, negativa de vigência ao art. 332 do CPC, por cerceamento de defesa, na medida em que o MM. Juízo de 1º grau se baseou em elementos fácticos a respeito dos quais não houve dilação probatória; violação ao art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, aduzindo que os fatos tratados nos autos ocorreram em 03/11/1.999, na vigência do Código Civil de 1.916, o qual dispunha sobre a responsabilidade civil aquiliana, assentando o dever de indenizar na culpa do agente; violação ao art. 159 do Código Civil de 1.916, uma vez que a tragédia ocorrida decorreu de um crime imprevisível e inevitável; violação ao art. 14, § 3º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, sustentando que se trata de hipótese de culpa exclusiva de terceiro; violação ao art. 1.058 do Código Civil de 1.916, ao fundamento de que ocorrência de caso fortuito ou força maior. Por fim, colaciona arestos para configuração do dissenso pretoriano.

Contrarrazões dos autores às fls. 645/646.

A Presidência da Seção de Direito Privado do eg. Tribunal *a quo* denegou seguimento aos apelos, conforme decisão às fls. 649/652.



O Shopping recorrente interpôs agravo de instrumento (fls. 02/22), que não foi conhecido, conforme decisão proferida às fls. 891/ 892. Contra essa decisão, o Condomínio do Shopping Morumbi apresentou agravo regimental (fls. 895/ 909).

Reconsiderando a decisão anterior, determinei a subida do recurso especial (fls. 911).

Ressalte-se que o **GRUPO INTERNACIONAL CINEMATOGRAFICO LTDA** não recorreu da decisão que denegou seguimento ao seu recurso especial, tendo essa transitado em julgado.

**É o breve relatório.**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 - SP (2007/0243660-0)**

**RELATOR : MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)**  
**RECORRENTE : CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI**  
**ADVOGADO : HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO : JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO**  
**ADVOGADO : ÁLVARO BENEDITO DE OLIVEIRA**

#### **EMENTA**

**CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIME COMETIDO DENTRO DE CINEMA LOCALIZADO NO SHOPPING. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO.**

*1. "Para se chegar à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal." (Humberto Teodoro Júnior, in Dano Moral, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.8).*

*2. Assim sendo, não há como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias, do nexo de causalidade entre os tiros desferidos por Matheus e a responsabilidade do shopping, onde situava-se o cinema.*

*3. Rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais.*

*4. Recurso Especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial.*

#### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):**

A matéria que trata este Recurso Especial, por sua singularidade, há de receber uma interpretação doutrinária, porquanto sem precedentes nesta eg. Corte de Justiça.

Em verdade, trata-se de ação de indenização que visa o pagamento de danos morais e materiais envolvendo o conhecidíssimo homicídio praticado por Mateus da Costa Meira que, ao efetuar uma série de disparos de metralhadora durante uma sessão de cinema, dentro de uma sala de exibição localizada no Condomínio *Shopping Center Morumbi*, causou a morte de Júlio Maurício Zemaitis, dentre outros.

Alega o recorrente nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Sustenta, também, que o crime praticado por Mateus da Costa Meira foi um fato imprevisível e inevitável, razão pela qual não teria responsabilidade pelo fato. Por fim, aduz ausência de nexo causal e a inaplicabilidade da Teoria do Risco ao caso *sub examen*.

No exame destes autos, o centro da discussão ou a *vexata quaestio* desloca-se para o tema, qual seja, a comprovação do dano em face do nexo de causalidade como elemento absolutamente essencial para que se possa deferir ou não a condenação no pedido quanto aos danos morais e materiais.

A indagação que se faz é, se mesmo em se tratando de direito decorrente do Código de Defesa do Consumidor, haverá indenização por dano moral sem a manifesta comprovação do nexo de causalidade, mesmo com a aplicação da Teoria do Risco.

Feitas essas breves considerações, antes de adentrar no exame do mérito propriamente dito, é importante frisar que a situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte, uma vez que não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e a formação da convicção do julgado.

Com efeito, irresigna-se o recorrente contra sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, face a declaração de sua responsabilidade apenas por aplicação da *Teoria do Risco do Negócio*, uma vez que estariam caracterizados sua negligência e sua omissão, segundo o entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

Sustenta violação ao art. 159 do Código Civil de 1.916, pois "...vigente à época dos fatos - é claro ao determinar os requisitos para a responsabilização por atos ilícitos, a saber: a ocorrência do dano; a verificação da ação e/ou omissão; e o nexo de causalidade entre ambos." (fls. 617), aduzindo que "em outras palavras, restou comprovada a falta de um elemento fundamental para a responsabilização do recorrente: a sua culpa, consubstanciada no nexo de causalidade entre o dano verificado e a autuação de seu sistema de vigilância." (fls. 613/614).

Alega, também, que é evidente a ocorrência de um evento imprevisível e inevitável, o que caracteriza caso fortuito e força maior, razão pela qual, entende violado o art. 1.058 do CC/1916.

Por fim, afirma, que não se trata de hipótese de relação de consumo propriamente dita entre o falecido e o Morumbi Shopping, o que afasta, de plano, aplicação do CDC ao caso concreto.

No entanto, continua, se essa Corte Superior entender que o CDC deve ser aplicado, o que faz apenas por argumentar, aduz que a hipótese *sub examine* cuida de um acidente de

consumo, assim sendo o fornecedor - leia-se o Morumbi Shopping, não responderá pelo evento, pois o mesmo foi causado, exclusivamente, por culpa de terceiro, de modo que a decisão recorrida negou vigência ao art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Colaciona aresto para configuração de divergência, além de citar, a título ilustrativo, decisão do mesmo Tribunal *a quo*, proferida em outra ação embasada no mesmo evento ocorrido (fls. 620)

### **Entendo que assiste razão ao recorrente MORUMBI SHOPPING.**

Senão vejamos.

É consabido que a Lei impõe, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano, seja de natureza material e/ou moral, ambas cumuláveis.

Dentre as situações determinadas pela legislação em vigor, existem algumas hipóteses nas quais essa obrigação de reparar o dano independe da comprovação de culpa do agente. É *chamada Teoria Objetiva ou do Risco*, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável.

Nesses casos, basta a configuração de dois requisitos legais, quais sejam: haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente.

Referido princípio pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, *a contrario sensu*, do art. 159 do CC/16 e do art 927 do CC/2002), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda (que decorre mais especificamente do art. 1.060 do CC/16 e do art.403 do CC/2002, fixando o conteúdo e os limites do nexo causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

Sobre a primeira parte desse enunciado, esclarece didaticamente **Sérgio Cavalieri Filho** que: "*não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito*" ("*Programa de Responsabilidade Civil*", Malheiros, 7.<sup>a</sup> ed., p. 46) (grifei)

Prossegue, o respeitado doutrinador, mais adiante: "*A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado (...).*"

Pode-se afirmar que o nexo causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...) mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal "(*op. cit.*, p. 46).

E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavalieri Filho esclarece que, no sistema brasileiro:

*"... enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (...), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva". (op. cit., p. 49).*

A imputação de responsabilidade civil, portanto, como bem destacado pela Corte de origem, supõe a presença de **dois elementos de fato**, quais sejam: **a conduta do agente e o resultado danoso**; e de **um elemento lógico-normativo, o nexo causal** (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, **segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente**).

Não é outro o entendimento desta Corte Superior acerca do tema, consoante se depreende dos recentes precedentes:

**"PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.**

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008).

4. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp. n.º 719.738/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/09/2008). (grifei)

.....

**"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO,**

SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.
2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1060 do CC/1916 e 403 do CC/2002).
3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencimento, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente).
4. In casu, revela-se inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entregado veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso.
5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 325622/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008).

Contudo, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação em razão do reconhecimento da culpa objetiva do ora recorrente, consignando em seus fundamentos que:

"...omissis...

*A responsabilidade é dos dois requeridos, de forma solidária.*

*Não há de se falar em aplicação retroativa do Código Civil de 2002, pois a responsabilidade dos réus tem sustentação jurídico/legal no Código Civil/1916 e também no Código de Defesa do Consumidor, trazendo-se à colação a Teoria do Risco da atividade empresarial a justificar a responsabilidade objetiva dos réus.*

*Não resta dúvida de que há que se considerar a teoria do risco profissional do empresário comerciante, tanto quanto se considera a teoria do risco profissional na moderna atividade mercantil e mesmo de prestação de serviços.*

...omissis...

*Ora, em sendo elemento do estabelecimento comercial, pode-se concluir que os modernos sistemas informatizados, colocados à disposição do cliente, para que ele permaneça nessa condição e não procure serviços melhores de estabelecimento concorrente, são considerados elementos geradores de responsabilidade.*

...omissis...

*No caso específico, não basta a afirmação proferida pelos requeridos que se tratou de um fato imprevisto e inevitável.*

*A captação do cliente se mostrava mais interessante do que uma efetiva ação de segurança preventiva, ou de pronta resposta para coibir a ação desvairada, é verdade. A negligência, a omissão, se mostram patentes, levando ao dever de indenizar.*

*Não é o caso de fato de terceiro a excluir a responsabilidade dos réus, haja vista que sua conduta culposa, por negligência, está evidenciada em sua conduta omissiva (deixar de oferecer e cuidar eficazmente da segurança) do cliente. De sua negligência é que surgiu o fato potencialmente danoso aos autores, eis que foi por sua culpa (dos réus) que terceira pessoa teve acesso ao interior do próprio Shopping e, mais, ao interior da sala de projeção de filmes, local em que as pessoas estão totalmente indefesas, despreocupadas e crentes que protegidas, e à mercê de quem quer que seja, sem uma atuação eficaz de segurança por parte dos réus.*

*...omissis...*

*O evento, no caso, não era imprevisível e sequer irresistível, segundo o conceito que se extrai da lei civil substantiva, de modo que não elide a responsabilidade da ré apelante. Os réus bem poderiam ter cuidado da segurança de modo a impedir, primeiro, a entrada de alguém portando arma de fogo no interior do Shopping, ou, no mínimo, no interior das salas de projeção de filmes; segundo, terem prontamente agido diante da conduta do agente causador direto do dano. Não fizeram nem uma coisa, nem outra.*

*Não é o caso, portanto, de fato de terceiro a excluir a responsabilidade dos réus, haja vista que sua conduta culposa, por negligência, está evidenciada em sua conduta omissiva, falha de segurança, que resultou na prestação de um serviço defeituoso. De sua negligência é que surgiu o fato potencialmente danoso aos autores.*

*Ademais, a circunstância de alegar-se, no desencadeamento dos fatos, culpa de terceiro, não libera o autor do dano do dever jurídico de indenizar.*

*...omissis...*

*O fato de terceiro somente pode ser considerado como causa de exclusão da culpa do agente direto do dano, quando a conduta do terceiro, por si só, ocasionou o dano, de maneira absoluta, de tal forma que retira o nexa causal entre o dano e a ação do agente. E o nexa causal está perfeitamente delineado entre a negligência, conduta omissiva dos réus e os disparos da arma de fogo que vitimaram inocentes.*

*...omissis...*

*No caso, não se evidencia fato de terceiro equiparável ao caso fortuito ou de força maior a excluir o dever de indenizar dos réus, eis que a responsabilidade é objetiva derivada da prestação de serviço, não bastasse a culpa existente (Apel. nº 1.059 634-8, de São Paulo, Apel. 338 858 40-00, de São Paulo, Apel. 314 503 45-00, de Presidente Prudente, Apel nº 340 875 47-00, de São Paulo, Apel. nº 385 909.42-00, de São Paulo todos pela relatoria Des Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, TJSP).*

*E era justamente toda essa cautela que os réus deveriam ter tomado quando se dispuseram a colocar à disposição do consumidor o próprio Shopping em si, e também salas de projeção de filmes, e não tomaram. Evidencia-se sua negligência, que, em verdade, foi a fonte do dano sofrido pelos autores com a morte de seu filho em razão dos disparos de arma de fogo dentro da sala de cinema". (fls. 461/468) (grifei)*

Destarte, o acórdão recorrido partiu da premissa subjetiva de que a captação do cliente se mostrava mais interessante do que uma efetiva ação de segurança preventiva, ou de pronta resposta para coibir a ação ensandecida de Matheus, razão pela qual, entendeu que estava configurado o nexa causal, que redundava na culpa objetiva do ora recorrente.

Por todas essas peculiaridades reinantes no caso concreto, tenho por necessário tecer algumas considerações sobre o conceito de Shopping Center.

No Brasil não existe lei que define o que é Shopping center. A definição mais aceita é dada pela ABRASCE (Associação Brasileira de Shopping Centers), qual seja, "um centro comercial planejado sob uma administração única, composto de lojas destinadas exploração comercial e

*à prestação de serviços, sujeitas a normas contratuais padronizadas, para manter o equilíbrio da oferta e da funcionalidade, assegurando a convivência integrada e pagando um valor de conformidade com o faturamento".*

Não se nega que o Shopping Morumbi, é um edifício que significa união de lojas com o um objetivo único: "Venda" e que, para alcançar tal fim, possui alguns diferenciais, tais como: lojas âncoras, espaços de lazer e alimentação, estacionamento e segurança, que servem de chamariz para os clientes, uma vez que é possível ter acesso a uma série de facilidades num único local.

No entanto, é de se indagar: qual a ilicitude da conduta dos recorrentes?

Não existe, em nosso País, na presente data, nenhuma lei específica que obrigue os shopping centers a fiscalização dos clientes e de seus pertences antes de adentrarem as dependências propriamente dita dos shopping.

Aliás, é de se ressaltar que, nem mesmo nos Estados Unidos da América, onde esse tipo de crimes ocorre com certa frequência, essa fiscalização existe.

O crime ocorrido choca e causa espanto, pois, todos nós acreditamos que esse tipo de situação não aconteceria dentro de um shopping center, estando, portanto, fora do "risco inerente" à atividade empresarial exercida pelo recorrente.

Não se ignora aqui a dor das famílias que perderam seu entes queridos de forma tão selvagem.

Porém, não se pode perder de vista, que o mesmo crime poderia ter sido cometido no saguão de um aeroporto, por exemplo, onde qualquer pessoa pode chegar com uma arma dentro da mochila, sem ser notado, começar a disparar a esmo, causando a morte de várias pessoas, exatamente como fez Matheus, até que a segurança chegue e controle a situação.

Mesmo num aeroporto, local onde circulam várias pessoas diariamente e onde a segurança normalmente é mais reforçada, a fiscalização das pessoas e de seus pertences só realizada no momento do embarque e apenas naqueles que vão viajar.

Por tais razões, *data maxima venia*, entendo que não há nexo causal na atividade do recorrente e os fatos acontecidos. Os empregados do Shopping não dispunham do poder de polícia para revistar pessoas que buscassem o cinema.

A propósito, nos ensina o **Prof. Humberto Theodoro Júnior**, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, que

*"Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta.*

*"Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal.*

*Se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (licitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar*

(ausência de responsabilidade civil cogitada no art. 159 do Código Civil).(cfr. Dano Moral, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.8).

Destarte, o direito, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, rejeita qualquer indenização, se incomprovado ou não demonstrado o nexo de causalidade entre o fato alegado e o dano, entendimento esse que se extrai da valoração jurídica da prova, consoante precedente de lavra do em. **MINISTRO LUIZ FUX**, assim ementado:

**"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO POLICIAL. TIRO DISPARADO CONTRA A VÍTIMA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. ONUS PROBANDI DO ESTADO. CORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL.**

(...)

*3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de vítima, ocasionado por errôneo planejamento de ação policial, que impõe a inversão do onus probandi.*

*4. "O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório". (Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba - número 35, págs. 128/145)..."(REsp 737797/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 28/08/2006 p. 226).*

À evidência, a discussão jurídica merece destaque tão-somente em relação ao claro rompimento do nexo de causalidade, o que é permitido, inclusive, no âmbito do próprio Código de Defesa do Consumidor consoante se depreende dos incisos I e III, do § 3º do seu art.12.

Não haveria mesmo como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias ou na sentença, do nexo de causalidade entre



o ingresso de Matheus, portando uma metralhadora no shopping e a possível responsabilização do condomínio pelos tiros por ele desferidos.

Assim compreendendo os mestres, a doutrina é assente no sentido de que:

*"mesmo na responsabilidade objetiva - não será demais repetir - é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raros casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no dispositivo em exame. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade. Indaga-se, então: quando o empresário poderá afastar seu dever de indenizar pelo fato do produto ou do serviço? Tal como no Código do Consumidor, a principal causa de exclusão da responsabilidade do empresário será a inexistência de defeito. Se o produto ou serviço não tem defeito não haverá relação de causalidade entre o dano e a atividade empresarial. O dano terá decorrido de outra causa não imputável ao fornecedor de serviço ou fabricante do produto. Mas se o defeito existir, e dele decorrer o dano, não poderá o empresário alegar a imprevisibilidade, nem a inevitabilidade, para se eximir do dever de indenizar. Teremos o chama fortuito interno, que não afasta a responsabilidade do empresário." (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Programa de Responsabilidade Civil 7ª ed, Ed. Atlas, 2007, p.166/7).*

Com efeito e a despeito deste reconhecimento, não se pode olvidar que a doutrina mesmo em sede de teoria de responsabilidade objetiva se aperfeiçoou no sentido da indispensabilidade do nexo de causalidade como elemento configurador do dano. Na esteira desse mesmo raciocínio, são as lições de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO ao afirmarem que:

*"Em algumas hipóteses, entretanto, o fato de terceiro que haja rompido o nexo causal, sem que se possa imputar a participação ao agente, exonera, em nosso entendimento, completamente a sua responsabilidade, devendo a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro. Se por exemplo, o sujeito estiver ultrapassando, com o seu fusca, pelo lado esquerdo da pista, um caminhão, e o motorista deste, imprudentemente, arremessa-lo para fora da estrada, será obrigado (o agente que guiava o carro) a indenizar o pedestre que atropelou? Ou poderia alegar o fortuito, para efeito de se eximir da obrigação de ressarcir? (...) em tal situação, diferentemente do que ocorre no estado de necessidade, em que o sujeito causador do dano atua para livrar-se do perigo, no abalroamento do fusca, este veículo fora penas um mero instrumento na cadeia causal dos acontecimentos" (in Novo Curso de Direito Civil - 7ª edição - Volume III - p. 117/118 - 2009).*

Prosseguem, ainda, os mesmos autores citando as lições de WILSON MELO DA SILVA no sentido de que:

*"Se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto substanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao caso fortuito".*

Nesse mesmo sentido, é a doutrina de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ao asseverar que "(...) o fato de terceiro, em termos de responsabilidade civil atua de forma diversa e oposta. Pode importar em responsabilidade, como pode implicar excludente desta. Não vai nisto uma contradiction in adectio, porém a apreciação de circunstâncias diferentes, em que ocorre a interferência de pessoa diversa do agente e da vítima. (...) a conduta do terceiro é

*ativa, porque é o seu comportamento que implica na realização do fato danoso (...)" (in Da Responsabilidade Civil - 9ª edição 1999, Rio de Janeiro - p. 300).*

Logo, se o shopping em nada contribuiu para a existência do evento que provocou a morte da vítima, não há que se lhe imputar responsabilidade, certo de que este dever incumbe ao terceiro que, efetivamente, praticou a conduta danosa, implicando no âmbito da responsabilidade civil do recorrente "causa estranha" ao risco inerente a sua atividade comercial, portanto, excludente de qualquer obrigação de indenizar.

Importante ressaltar, ainda, que o art. 393 do Código Civil afasta a obrigação de indenizar, sempre que

*"Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*

*Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."*

Servindo-me, uma vez mais, dos ensinamentos do ilustre Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, na já mencionada obra, às fls. 65/66, anoto que:

*"A IMPREVISIBILIDADE, portanto, é o elemento indispensável para caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, conforme assinalado (item 8.8) a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos, etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível. A INEVITABILIDADE, por sua vez, deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se ... É preciso examinar, caso a caso, as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável em função do que seria razoável exigir-se" (grifei).*

Examinando o caso em julgamento, entendo que não seria razoável exigir-se outra postura do Recorrente diante dos fatos narrados, porquanto todas as medidas cabíveis e, frise-se, normalmente exigidas de um shopping center foram adotadas pelo Condomínio.

Em verdade, não há como se deixar de se reconhecer a ausência do nexo de causalidade, contrariamente ao entendimento adotado pelo eg. Tribunal de origem, diante do princípio denominado de *fortuito externo*, ou seja, aquele fato que não guarda relação de causalidade entre os tiros desferidos a esmo por Matheus, dentro de uma sala de cinema com a alegada ausência de cautela do ora Recorrente, a partir do momento em que colocou à disposição do consumidor o próprio Shopping em si, e também salas de projeção de filmes, explorada pelo Grupo Internacional Cinematográfico Ltda.

Entendo, data maxima venia, que essa circunstância fática da impossibilidade de se revistar todos os frequentadores do Shopping, inclusive os funcionários, afasta a possibilidade indenizatória, pois, sabe-se que *verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática*".

Como dito alhures, não é possível, atualmente, se exigir revista para entrar em Shopping Center. Futuramente, quem sabe, surja uma legislação específica que obrigue os condomínios de Shopping Centers, cinemas, aeroportos, etc, a revistarem todas as pessoas, antes de adentrarem em seus respectivos recintos.

Altamente relevante trazer ao julgamento, a título ilustrativo, trechos extraídos da Declaração de Voto, proferida nos autos da Apelação com Revisão nº 385.046-4/3, colacionados aos autos às fls. 558/570, volume 3, em que figuram como partes Karina Vadasz e outras (apelantes) e Grupo Internacional Cinematográfico Ltda e outros:

*"...É verdade que a inicial faz referência à lei do consumidor para justificar a responsabilização das empresas-rés. Ao fazê-lo, e com fantasia e exagero na interpretação daquela lei especial, confunde segurança pessoal com a segurança do serviço ao comentar o seu art. 14 de modo inaceitável. Não parece razoável considerar-se a ação inesperada de um doente mental em surto de loucura e violência como defeito de produto ou de serviços. A propósito o intérprete não se detém no 'razoável' termo encontrado no inciso II do parágrafo da lei resultado em riscos só são considerados 'quando razoavelmente se esperam'.*

*...omissis...*

*Certamente os funcionários seguranças dos réus, seus vigilantes, seus guardas, enfrentaram o inopinável, não havia como identificar o agressor. Imagina-se que tenha chegado ao shopping à socapa, dissimulado, por óbvio a arma perfeitamente escondida (na mochila usada a tiracolo). Não havia como suporem trouxesse nada menos que uma metralhadora, disso não cogitariam os guardas, nem ninguém. Anormal seria o contrário, a infundada desconfiança e a suposição dos horrores que viriam a acontecer.*

*...omissis...*

*Sobre o dever de vigilância há, novamente, mera suposição, mera imaginação, data venia distorcem-se e exageram-se alguns fatos conferindo-se valor indevido como fundamentação. Assim a afirmação na r. sentença de que o 'autor transitou tranqüilamente'. O silogismo prescinde de uma segunda premissa, simplesmente presumida. Logo, a segurança não funcionou. Por certo, não se supõe que ostentasse a metralhadora que é relativamente pequena (veja-se foto a fls. 570). 'Ingressou na sala de projeção'. De novo o silogismo imperfeito. Da mesma forma, não estaria exibindo a arma. 'Testou a arma num banheiro' - era o local mais adequado para o seu sinistro intento. Nada mais perfeito para o ofensor que aquele recinto onde por certo não se esperava qualquer vigilância.*

*As autoras detêm-se num particular acontecimento que pretendem tenha relevância. Um disparo teria alertado um funcionário que, todavia, nada fez. não se sabe o que poderia fazer um simples lanterninha de cinema que não tem o dever legal de enfrentar o perigo.*

*Não há como concluir-se de toda essa descrição fosse 'deficitário' o sistema de segurança do shopping. Importa que, razoavelmente, ninguém deve ter visto ou sequer desconfiado da arma. É o que, sensatamente, se pode concluir ou, do contrário, teríamos o total absurdo, a anormalidade consagrada como procedimento padronizado.*

*Não há - e espera-se que nunca venha a haver - revista pessoal para entrar-se num cinema do shopping center. E pessoas não são e nem podem ser discriminadas pela aparência, pela face, supostamente anormal. Não há, portanto, como exigir-se o policiamento, a vigilância, a segurança nos moldes do pedido das autoras.*

*...omissis...*

*Enfim, foram acontecimentos inopinados, imprevisíveis, absolutamente inesperados. Caso fortuito por excelência, fato de terceiro, não há como responsabilizarem-se os réus, a menos que se adote a responsabilidade objetiva, sem limitações, o que se tem por impossível. A seguir essa tese, o estabelecimento pagaria pelos danos a terceiros causados de um meteorito que desgraçadamente o atingisse.*

*Finalmente, cabe citar o alerta de Alvino Lima, lembrado com destaque na obra de Caio Mário da Silva Pereira, sobre os 'extremos' das teorias da responsabilidade civil quando observa que 'o Direito (...) recebe uma boa parte de suas soluções da Economia, repousando na idéia do útil'. Seu texto evoca a instabilidade que a radical condenação aos shoppings acaba por promover no comércio e nos investimentos, quando deles se exige segurança tal que nem mesmo o Estado, o verdadeiro responsável, conseguira garantir. A propósito, evoca-se a clássica lição de Mazeaud sempre citado 'a equidade quer que aquele que retira os proveitos suporte os riscos, mas ele quer também que aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado.' (grifei)*

Diante dessa realidade, não se tem como buscar extrair do juízo de verossimilhança adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, o elemento da probabilidade entre o fato e a consequência, ou seja, entre os tiros desferidos por Matheus e a consequência que foi a indesejável morte do filho dos autores, razão dos danos moral e material e cujas indenizações são buscadas.

Destarte, é aplicável, também, ao Direito do Consumidor o princípio de que o fato exclusivo da vítima ou de terceiro é causa excludente do nexo causal, equiparável à força maior, ou como afirma a melhor doutrina:

*"se o comportamento do usuário é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor, por ausência de nexo de causalidade entre sua atividade e o dano" (ob. Sérgio Cavalieri: cit. P. 167).*

Por todo o exposto, merece ser CONHECIDO E PROVIDO o recurso especial para julgar improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantendo-se o valor dos honorários advocatícios, que foram fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), levando em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto, mas isentando os autores do pagamento das custas e honorários advocatícios como disciplinam os arts. 3 e 12 da Lei 1.060/50, diante da assistência judiciária a eles concedida.

Em razão do desfecho da decisão, ficam prejudicadas as análises dos demais temas apresentados no apelo especial.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 - SP (2007/0243660-0)**

## VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:** Em questão de responsabilidade civil, deve-se sempre examinar as circunstâncias e o dia a dia em que os fatos da vida acontecem. Quando se diz que um *shopping center* deve oferecer segurança, evidentemente o que se está imaginando é a segurança padrão, normal, desse tipo de atividade.

O fato ocorrido, que é lamentável, sem dúvida nenhuma, ultrapassa qualquer previsibilidade dentro de uma atividade de um *shopping center*, com a máxima vênia. Ainda que se queira, realmente, imputar ao *shopping* essa responsabilidade, inquestionavelmente, se imaginar - e todos nós conhecemos o funcionamento de um *shopping center* com os seus milhares de frequentadores - que se possa prever um tipo de ação dessa natureza é inteiramente fora, parece-me, do razoável.

Quando se fala em risco da atividade é o risco da atividade vinculado essencialmente a alguma coisa esperável daquela atividade. Então, imaginar-se, por exemplo, que pudesse haver trombadinhas assaltando livremente, ou um arrastão dentro de um *shopping center*, evidentemente, que é um atividade que se espera seja coibida num *shopping center*. Mas o caso dos autos destoa de qualquer previsibilidade. Um cidadão, doente mental, ingressou em um *shopping center* armado de uma metralhadora e pôs-se a dispará-la dentro do cinema contra os espectadores. Realmente, é algo que refoge a qualquer previsibilidade. Lembro-me que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - o eminente Relator citou no caso de assalto a mão armada dentro de ônibus e o ilustre advogado também destacou esse precedente - isenta de responsabilidade a transportadora - que para mim é um fato muito mais previsível do que o que aconteceu. Como também é um fato muito mais previsível do que o que aconteceu a circunstância de passageiros de um trem serem atingidos por pedras atiradas de pontes, viadutos; e, ainda assim, nessas circunstâncias também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se inclinou de isentar de responsabilidade a via férrea ou o que seja.

Não vejo, apesar de - e volto a destacar - ser muito lamentável o episódio, como atribuir, nesse caso, apenas uma proteção financeira em relação aos autores em detrimento do *shopping* e do cinema se, efetivamente, não se poderia prevenir uma ação como essa, a atrair a responsabilidade dos réus.

Nessas circunstâncias fáticas dos autos, até porque a questão passa muito mais pelo exame do que é razoável do que em si por doutrina, dentro da linha de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se pode - muito embora o caso seja diferente -, realmente, atribuir como algo minimamente previsível e evitável em um ato dessa natureza.

Rogando vênia ao Tribunal de Justiça de São Paulo, também, acompanho o voto do eminente Relator nessa posição, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

#### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.889 - SP (2007/0243660-0)**

<b>RELATOR</b>	: <b>MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)</b>
<b>RECORRENTE</b>	: <b>CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI</b>
<b>ADVOGADOS</b>	: <b>GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S) HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)</b>
<b>RECORRIDO</b>	: <b>JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO</b>
<b>ADVOGADO</b>	: <b>ALVARO BENEDITO DE OLIVEIRA</b>

#### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):** Sr. Presidente, em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar o advogado em uma sustentação muito clara. Também, gostaria de

cumprimentar o excelente voto que proferiu o eminente Relator, Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Realmente percuciente, analisou todos os ângulos da questão.

Confesso, tinha bastante dúvida em relação ao *shopping*. Em relação ao cinema, havia formado uma convicção de que a relação dele, cinema, com o consumidor é uma relação diferente daquela de quem vai assistir a um filme com o *shopping*. O cinema, penso eu, por força de um contrato de locação, ocupa um espaço dentro do *shopping*. Se todo locador ficar responsável pelo que acontece no interior do imóvel locado, a situação complica bastante para as locações. Esse é um aspecto. O segundo aspecto que me chamou a atenção é que tendo transitado em julgado em relação - pelo menos é o que noticia os autos - ao cinema, discuti-se aqui, apenas e exclusivamente, a responsabilidade do *shopping* nessa qualidade de locador daquele espaço cedido ao cinema. Nesse particular, os dois fundamentos do acórdão, pelo que percebi do voto do eminente Relator e também da leitura do acórdão, que fiz muito rapidamente, baseiam-se em dois pontos, se eu estiver equivocado, o Sr. Ministro Relator, por favor, me corrija: o primeiro, é a teoria do risco empresarial; e o segundo, é o dever de vigilância. Foram, fundamentalmente, os dois pontos em que o acórdão se baseou. No mais o acórdão passa fundamentando sua posição de afastar as excludentes. É esse o conteúdo da decisão.

Nesse particular o voto do eminente Relator enfrenta cada uma dessas posições: a primeira de que realmente não se aplica a teoria do risco profissional, no que foi secundado pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, afastando, enterrando por completo essa tese; também, no que toca ao dever de vigilância era impossível a previsibilidade de que em uma mochila houvesse um revólver. Se for assim, todos terão que ser revistados. Não existe o dever legal da revista no *shopping*. Por fim, concluiu o Sr. Ministro Relator no tocante à excludente prevista, de fato de terceiro. Também nesse ponto estou de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Eminente Sr. Presidente, então, minhas dúvidas se disparam e me sinto confortável para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, ainda que o resultado do julgamento já estivesse delineado.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, apenas ressalvo com relação ao cinema.

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2007/0243660-0

REsp 1.164.889/SP

Números Origem: 17032004 41061730 4214354000 4214354101 4214354503

PAUTA: 15/04/2010

JULGADO: 04/05/2010

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI  
 ADVOGADOS : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)  
                   HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)  
 RECORRIDO : JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO  
 ADVOGADO : ALVARO BENEDITO DE OLIVEIRA  
 ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr(a). GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS, pela parte RECORRENTE: CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.  
 Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de maio de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI  
 Secretária

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA**

Número Registro: 2007/0243660-0

**REsp 1164889/SP**

Números Origem: 17032004 41061730 4214354000 4214354101 4214354503

PAUTA: 15/04/2010

JULGADO: 15/04/2010

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República  
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária  
Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER MORUMBI  
ADVOGADO : HÉLIO PINTO RIBEIRO FILHO E OUTRO(S)  
RECORRIDO : JUOZAPAS ZEMAITIS E OUTRO  
ADVOGADO : ALVARO BENEDITO DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para o dia 04 de maio de 2010, por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de abril de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI  
Secretária